كتاب الفروع

للعلامة الفقيه المحدث شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي
المتوفى سنة ٧٦٣

ومعه

تصحيح الفروع

للفقيه العلامة المدقق علاء الدين علي بن سليمان المرداوي
المتوفى سنة ٨٨٥

وحاشية ابن قندس

لتقي الدين أبي بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلي
المتوفى سنة ٨٦١

تحقيق
الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

الجزء السابع

مؤسسة الرسالة

دار المؤيد


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الفروع

٧

الطبعة الأولى

١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م

ISBN 9953-4-0177-2

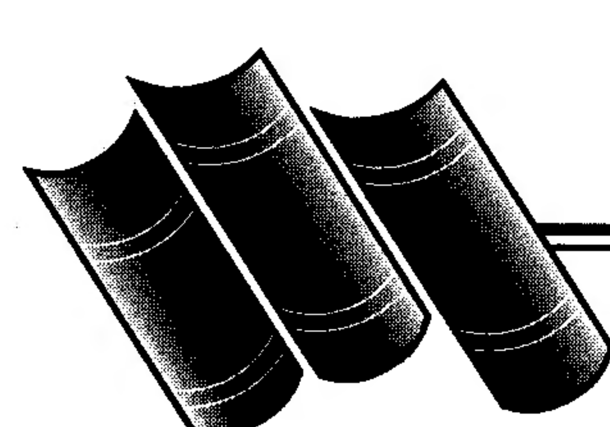


وطى المصيطبة – شارع حبيب أبي شهلا – بناية المسكن، بيروت–لبنان

تلفاكس: ٨١٥١١٢-٣١٩٠٣٩ فاكس: ٦٠٣٢٤٣ ص.ب: ١١٧٤٦٠

Al-Resalah
PUBLISHERS

BEIRUT/LEBANON-Telefax:815112-319039 Fax:603243-P.O.Box:117460
Email:Resalah@Cyberia.net.lb



دار المؤيد

للنشر والتوزيع

الإدارة العامة - الرياض
هاتف: ٤٠٢٥١٩٧ - ٤٠٣١٣٧٧
فاكس: ٤٠٢٢٦١٥

جدة: ٦٢١٤٢٤١
أبها: ٢٢٦١٩٧٥
الطائف: ٧٣٢١٨٥١

باب الحَجْر

الفروع

وهو لغةً: المنعُ، وشرعاً: المنعُ من التصرف بحَجْرٍ على صغيرٍ ومجنونٍ وسفيهٍ؛ لحظهم، ومن دفع إليهم مالَه بيعاً أو قرضاً، رجع بعينه، وإن أتلفوه، لم يضمنوا، وقيل: مجنونٌ، وقيل: يضمن سفيهٌ جهل حجرَه، ويلزمهم أرشُ جنايةٍ وضمانُ ما لم يدفع إليهم، ومن أعطوه مالاً، ضمنه حتى يأخذه وليُّه، وإن أخذه ليحفظه، لم يضمنه في الأصح، وكذا إن أخذ مغصوباً ليحفظَه لربِّه، وإن أودعهم أو أعارهم، أو عبداً مالاً فأتلفوه، أو تلف بتفريط سفيهٍ وعبدٍ، فقيل: بالضمان وعدمه، وضمان عبدٍ، وقيل: وسفيهٍ (م١ و٢) وإن تمَّ

التصحيح

مسألة ـ١ـ ٢: قوله: (وإن أودعهم أو أعارهم) يعني: الصغيرَ والمجنونَ والسفيهَ (أو عبداً مالاً فأتلفوه، أو تلف بتفريط سفيه وعبد، فقيل: بالضمان وعدمه، وضمان عبد، وقيل: وسفيهٍ) انتهى. اشتمل كلامه على مسألتين:

المسألة الأولى ـ ١: إذا أودع الصبيَّ أو المجنونَ أو السفيه أو العبدَ مالاً، فأتلفوه، فهل يضمنونه أم لا؟ أم يضمن العبدُ وحده؟ أم هو والسفيهُ؟ ذكر فيه أقوالاً، أطلق الخلاف.

أما الصبيُّ إذا أتلف الوديعةَ، فهل يضمنها أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المحرر»، و«الفائق»، في هذا الباب، وأطلقه في باب الوديعة في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«التلخيص»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم:

أحدهما: لا يضمن، قدمه في «الخلاصة»، و«المقنع»[1]. قال في «الفصول»: وهو أصح عندي. قال في «الهداية»، و«المستوعب»، و«التلخيص»: قال غيرُ القاضي من أصحابنا: لا يضمن. قال الحارثي: قال ابن حامد: قياس المذهب لا يضمن، وإليه صار القاضي أخيراً، ذكره عنه ولدُه أبو الحسين. ولم يذكر القاضي في «رؤوس المسائل» سواه، واختاره القاضي أبو الحسين، وأبو الحسن بن بكروس. قال ابن عقيل: وهو أصح

الحاشية ....

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/٤٦.

الفروع لصغير خمسَ عشرة سنةً، أو أنزل، أو نبت شعرٌ خشن حول قُبله، نَقَله

التصحيح عندي. انتهى.

والوجه الثاني: يضمن، اختاره القاضي في «الخلاف»، واختاره أيضاً الشيخ الموفق والشارح، قال الحارثي: واختاره أبو علي بن شهاب، ولم يورد الشريفان أبو جعفر والزيدي، وأبو المواهب الحسين بن محمد العكبري، والقاسم بن الحسن الحداد، سواه. انتهى. وصححه الناظم، وقدمه في «الفصول» في موضع. وهذا الصحيحُ من المذهب على ما اصطلحناه.

تنبيهات:

الأول: ألحق المصنفُ السفيهَ بالصغير، وكذلك الشيخُ الموفق والشارحُ والمجدُ وابنُ حمدان وجماعةٌ، وقدم في «الرعاية الكبرى» في هذا الباب أن إتلافَ السفيهِ الوديعةَ هدرٌ، وقطع القاضي في «المجرد» بأنه كالبالغ الرشيد، وكذلك صاحب «التلخيص»، قال الحارثي: وإلحاقه بالرشيد أقربُ. انتهى. قلت: وهو الصوابُ.

الثاني: ألحق المصنفُ أيضاً العبدَ بالصغير، وكذلك صاحبُ «المحرر»و «الرعايتين» واختاره القاضي، والذي قطع به في «الهداية»، و«المذهب»و «الخلاصة»، و«المقنع»[1]، و«شرح ابن مُنجَّا»، وغيرهم، وقدمه في «المستوعب»و «التلخيص»، قال الحارثي: وبه قال الأكثرُ: أبو الخطاب وابن عقيل وأبو الحسين، والشريفان أبو جعفر والزيدي، وابن بكروس وغيرهم أن العبد يضمن إذا أتلف الوديعةَ، واختاره الحارثي، وردَّه غيرُه.

الثالث: المجنونُ كالصغير فيما تقدم من الأحكام، قاله الأصحاب.

الرابع: العاريةُ كالوديعة، قاله المصنف والشيخ الموفق والشارح وغيرهم.

المسألة الثانية ـ ٢: إذا تلف ما تقدم ذِكْرُه من الوديعة والعارية ونحوِهما، بتفريط العبد والسفيه، فهل يضمنان أم لا؟ أطلق الخلاف:

الحاشية ....

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٨/١٦.

الفروع

الجماعة، وحُكي فيه رواية، أو عقل مجنونٌ، ورشدا بلا حكم، فكَّ حجرُهما بلا حكمٍ*. نص عليه، وفيه وجه، وقيل: في صغير، وسواءٌ رَشَّده الوليُّ أولا، قال شيخنا: وإن نوزع في الرشد، فشهد شاهدان، قُبِل؛ لأنه قد يُعلم بالاستفاضة، ومع عدمها، له اليمينُ على وليه: أنه لا يعلم رشدَه، ولو تبرع وهو تحت الحجر، فقامت بينةٌ برشده، نفذ، وتزيد جاريةٌ بحيض،

التصحيح

أحدهما: لا يضمنان، وهو الصحيحُ، قطع به في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وهو احتمال في «المغني»[1]، و«الشرح»[2]، في السفيه، وقطع به في «الفائق» في السفيه.

والوجه الثاني: يضمنان، واختاره القاضي في السفيه.

الحاشية

* قوله: (ورشدا بلا حكم، فكَّ حجرُهما بلا حكم).

ذكر المصنفُ في الصداق قبض الأب صداق ابنته[3]، هل يملك قبض صداق البكر البالغة خلافاً، ثم قال: (أصله: هل ينفكُّ الحجرُ بالبلوغ؟) ونقله عن «الترغيب» وظاهرُ هذا: أنه وقع خلافٌ في فكِّ الحجر بالبلوغ من غير ثبوت الرشدِ، وهو مشكلٌ، إلاّ أن يقال: معنى فكِّ الحجر بالبلوغ: أن البلوغَ مظنةُ الرشد فإذا بلغَ، عُمل بتلك المظنة، وحُكم بالرشد، إلاّ أن يُعلم السفهُ. وظاهرُ كلام الجماعة: أنه لا بُدَّ من حصول الرشدِ حقيقةً، وأنه لا يُكتفى بالبلوغ، وقد ذكر المصنف في آخر هذا الفصل قولَ أحمد إذا أنس منه رشداً إلى آخره[4]، وقد ذكر في الإقرار[5]، ما ظاهرُه صحةُ إقرار البالغ وإن لم يثبت رشدُه ما لم يثبت سفهُه، فيحرر، وقد ذكر في «الاختيارات» في الإقرار: إذا قال: بعتك قبل البلوغ، وقال المشتري: بعده، أن القول قولُ المشتري، وأطال الكلامَ عليه، وظاهرُه صحةُ التصرف بعد البلوغ، ما لم يعلم السفهُ، فيحرر أيضاً، وقد ذكر في تصرف العبد ما/ ١٥٦ قد يدل على هذه المسألة، فلينظر في كلام المصنف في آخر هذا الباب[6].

(1) ٦/ ٦١١.

(2) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٣٤٩.

(3) ٨/ ٣٠٥.

(4) ص٩.

(5) ١١/ ٣٩١.

(6) ص ١٩ وما بعدها.

الفروع وعنه: لا يحكم ببلوغها بغيره، نقلها جماعة، قال أبو بكر: هي قول أول، وحملُها دليلُ إنزالها، وقدره أقلُّ مدة حملٍ، ولا ينفك قبل ذلك، وعنه: يعتبر لرشدها أيضاً تزوجُها وتلد أو تقيم سنةً مع زوج، اختاره جماعة، فلو لم تتزوج، فقيل: يدوم، وقيل: ما لم تَعْنَس (م٣).

والرشد: إصلاحُ المال، وقال ابن عقيل: والدينِ، وهو الأليقُ بمذهبنا. قال في «التلخيص»: ونص عليه وقيل: ودواماً، وهو أن يتصرف مراراً، فلا يغبن غالباً، ولا يصرفه في حرام أو غير فائدة. قال ابن عقيل وجماعة: ظاهرُ كلام أحمد: أن التبذير والإسراف، ما أخرجه في الحرام؛ لقوله[١]: لو أن الدنيا لقمةٌ، فوضعها الرجلُ في في أخيه، لم يكن إسرافاً. قال في «النهاية»: أو صدقة تضرُّ بعياله، أو كان وحده، ولم يثق بإيمانه عائلته، وقال شيخنا: أو مباح[٢] قدرا زائدا على المصلحة، وقال القاضي: يجب إنكارُ صرفه في

التصحيح **مسألة ـ٣:** قوله: (وعنه: يعتبر لرشدها. . . تزوجُها وتلد أو تقيم سنةً مع زوج، واختاره جماعة، فلو لم تتزوج، فقيل: يدوم، وقيل[٣]: ما لم تعنس) انتهى:

أحدهما: يدوم الحجرُ عليها، وهو احتمال للشيخ وغيره، وهو قوي، بل هو ظاهرُ الرواية، وجزم به في «الفصول».

والقول الثاني: يدوم مالم تعنس. قال القاضي: عندي أنها إذا لم تتزوج، يدفع إليها مالَها إذا عنست وبرزت للرجال. قلت: وهو الصوابُ، واقتصر عليه في «الكافي»[٤].

الحاشية ....

(١) بعدها في (ط): «ﷺ»، والضمير هنا يعود للإمام أحمد، وقد ذكر هذا القول إبراهيم بن مفلح في «المقصد الأرشد» ٢٦٦/١، عن إسماعيل بن العلاء قال: دعاني الكلوذاني رزق الله بن موسى، فقدم إلينا طعاماً كثيراً، وكان في القوم أحمد بن حنبل، ويحيى بن معين، وأبو خيثمة وجماعة، فقدم لهم لوزينج أنفق عليه ثلاثين درهماً، فقال أبو خيثمة: هذا إسراف. قال: فقال أحمد: لا، لو أن الدنيا تكون في مقدار لقمة ثم أخذها امرؤ مسلم فوضعها في فم أخيه المسلم لما كان مسرفاً، قال: فقال يحيى: صدقت يا أبا عبد الله.

(٢) أي: أو صرفه في مباحٍ.

(٣) ليست في (ط).

(٤) ٢٥٨/٣ ـ ٢٥٩.

الفروع

المحرم، فإن أسرف في إنفاقه في الملاذ أو الشهوات، فإن لم يخف الفقرَ، لم يكن مسرفاً، وإلا فهو من السرف المنهيِّ عنه، قال ابن الجوزي[(١)]: في التبذير قولان:

أحدهما: أنه إنفاقُ المال في غير حقٍّ، قاله ابن مسعود وابن عباس ومجاهد[(١)]. قال الزجاج: في غير طاعةٍ.

والثاني: الإسرافُ المتلفُ للمال: ﴿إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ﴾ [الإسراء: ٢٧]؛ لأنهم يوافقونهم فيما يدعونهم إليه، ويشاركونهم في معصية الله: ﴿وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾ [الإسراء: ٢٧]، أي: جاحداً لنعمه، قال: وهذا يتضمن أن المسرف كفورٌ للنعمة، ولا يُدفع إليه مالُه حتى يختبر بما يليق به، ويُؤْنَس رشدُه. قال أحمد: إذا أنس منه رشداً، أعطاه ماله، وإلا لم يعطه، ذكره أبو يعلى الصغير قول الجماعة، وأن الغلامَ بالبلوغ يملك النكاح لنفسه، ونقل البغوي: أن وصيّاً سأله أن اليتيمَ يريد مالَه، وهو مفسد ورفعني إلى الوالي وأبلغَ، قال: إن لم تقدر له على حيلة، فأعطه.

وزمن الاختبار قبل البلوغ، وقيل: لا، للجارية؛ لنقص خبرتِها بالخفر، وعنه: بعده فيهما. وبيعُ الاختبار وشراؤُه صحيحٌ.

فصل

ووليُّ صغير ومجنون أبٌ رشيدٌ، قيل: عدلٌ، وقيل: ومستورٌ [(م٤)] ثم وصيُّه ولو بجُعْل وثَمَّ متبرعٌ، ذكره في «الخلاف» كذلك مع ثبوت ولايته،

التصحيح

مسألة ـ ٤: قوله: (وولي صغيرٍ ومجنونٍ أبٌ رشيدٌ، قيل: عدلٌ، وقيل: ومستورٌ) انتهى:

الحاشية

....

(١) في «زاد المسير» ٥/٢٧ ـ ٢٨.

الفروع نقل ابن منصور: لا يقبض للصبيِّ إلا الأبُ أو وصيٌّ وقاضٍ، وعنه: يلي الجدَّ، ففي تقديمه على وصيِّه وجهان (م٥). وقال شيخنا: لو وصى من فسقُه ظاهرٌ إلى عدل، وجب إنفاذُه، كحاكم فاسق حكم بعدل، وكصحة وصية الفاسق بثلثه (ع).

ثم حاكمٌ، ومرادهم: فيه الصفاتُ المعتبرةُ، وإلا أمينٌ يقوم به، اختاره شيخنا، رحمه الله، وقال في حاكم عاجز كالعدم، نقل ابن الحكم فيمن عنده مالٌ يطالبه الورثةُ، فيخاف من أمره: ترى أن يخبر الحاكمَ ويرفعه إليه؟ قال: أما حكامُنا هؤلاء اليوم، فلا أرى أن يتقدمَ إلى أحد منهم ولا يدفع إليه شيئاً، ترجمه الخلال: الرجلُ بيده مالٌ، فيموت وله أولادٌ صغارٌ.

التصحيح أحدهما: يكفي مستورُ الحال، وهو الصحيحُ. قال في «المحرر»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفائق»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم: وليهما الأبُ مالم يُعلم فسقُه، فظاهره الاكتفاءُ بمستور الحال. قلت: وهو الصوابُ. وأطلق في «المغني»[١] و «المقنع»[٢] و «الوجيز» وغيرهم، ولايةَ الأب.

والقول الثاني: تشترط العدالةُ ظاهراً وباطناً. قال في «المنور»: ووليُّ الصبيِّ والمجنونِ الأبُ ثم الوصيُّ العدلان. وقال في «الكافي»[٣]: ومن شرط ثبوتِ الولاية العدالةُ، بلا خلاف، فظاهره: العدالةُ ظاهراً وباطناً.

مسألة ـ ٥: قوله: (وعنه: يلي الجدَّ، ففي تقديمه على وصيِّه وجهان). انتهى. وأطلقهما في «المحرر»، و«النظم»، و«الفائق»:

أحدهما: يقدم على الوصيِّ، كالأب، وهو الصحيحُ، قدمه في «الرعايتين»و «الحاويين»، وهو الصوابُ.

الحاشية ....

(١) ٦/ ٦١٢.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٣٦٨.

(٣) ٣/ ٢٥١.

الفروع

ونقل أبو طالب: إن كان القاضي جهميّاً، زوج والي البلد، ونقل مهنا: إن مات المودعُ وله صبيٌّ، فكأنه أوسع أن يُدفع المستودعُ إلى رجلٍ مستورٍ يُنفِقُ عليه، وقاله الحارثي، وحمله القاضي على عدم الحاكمِ. ونقل أبو داود: لا يردُّ على المرأة شيئاً، تعطى نصيبها، فإن لم يكن عصبةٌ، فليتصدق به، فظاهرُه: حاكم أو غيره. ونقل أيضاً فيمن عليه مالٌ، فادعى رجلٌ أنه قرابتُه: لا يعطيه إلا ببينة، فقال: لا بينةَ، كيف أصنع؟ قال: إن كان قاضيكم لا بأس به، فأعطه، قال: لا قاضي لنا، قال: إن لم تخف تبعةً من وارث، فتصدَّق به. وسأله الأثرم عمن له على رجل شيءٌ فمات وله ورثةٌ صغارٌ، كيف أصنع؟ فقال: إن كان لهم وصيٌّ، فإن لم يكن إن كانت لهم أمٌّ مشفقةٌ، دفع إليها.

وفي إيلاء كافرٍ عدل في دينه مالَ ولده الكافرِ وجهان (م٦). وإذا سفه بعد رشده، لزم الحاكمَ الحجرُ عليه، نقله الجماعة، وهو وليُّه، وقيل: أو أبوه، وقيل: وليه الأول، كبلوغه سفيهاً، وفي «الانتصار»: يلي على أبويه المجنونين، ونقل المرُّوذي: أرى أن يحجرَ الابنُ على الأب إذا أسرف؛ يضعه في الفساد وشراء المغنِّيات.

وقيل: إن زال الحجرُ برشده بلا حكم، عاد بالسفه، ويستحب إظهارُ حجرِ سفهٍ، وفلسٍ، ويفتقر زوالُهما وقيل: سفه إلى حكمٍ في الأصح،

التصحيح

والوجه الثاني: يقدم الوصيُّ عليه.

مسألة ـ ٦: قوله: (وفي إيلاء كافرٍ عدلٍ في دينه مالَ ولدِه الكافرِ وجهان). انتهى. وأطلقهما في «المحرر»، و«النظم»:

أحدهما: يليه، وهو الصحيحُ. قال في «الحاويين»، و«الفائق»: ويلي الكافرُ العدلُ في دينه مالَ ولدِه، على أصح الوجهين، وقدمه في «الرعايتين»، وصححه في «تصحيح المحرر»، وهو الصوابُ.

الحاشية

....

الفروع كابتدائهما، وفي سفهٍ وجهٌ ابتداءً، وفي «الانتصار» نقله المرذوي، وأنه أومأ إليه في حجر فلسٍ، ويحرم تصرفُه لموليه إلا بما فيه حظُّه، فيلزمه قبولُ وصيةٍ له بقريبٍ يعتق عليه، فإن لزمته نفقتُه، حرم.

وله بيعُ عقاره لمصلحة، وقيل: بل لضرورة أو غبطة، وقيل بزيادة الثلث فأكثر في ثمنه، ولو قامت بينة أن ما باعه قيمتُه مئة وخمسون، فباعه الوليُّ وحكم حاكم بصحته، ثم قامت بينةٌ أن قيمتَه وقتَ بيعِه مئتان، فيتوجه فيها كنظيرها في أول باب تعارض البينتين.

وله تزويجُ رقيقه على الأصح، وعنه: لخوف فساده، وعنه: لا يزوج أمة لتأكد حاجته إليها، وهبتُه بعوض، قاله القاضي وأصحابه، وكتابتُه، وفيها في «الترغيب» لغير حاكم، وعتقُه بمال، وعنه: ومجاناً لمصلحة، اختاره أبو بكر؛ بأن تساوي أمته وولدُها مئة، وأحدُهما مئةً. وإذنُه في تجارة، والسفرُ بماله، خلافا لـ «لمجرد»، و«المغني»[1]، و«الكافي»[2] (☆).

التصحيح والوجه الثاني: لا يليه، وإنما يليه الحاكمُ، وقال القاضي: لا يلي مالَ موليتِه على قياس قولنا: لا يباشر عقدَها لمسلم.

تنبيهان

(☆) أحدهما: قوله: (وله. . . السفرُ بماله، خلافاً لـ«لمجرد»و «المغني»و «الكافي») انتهى. ظاهرُه سواءٌ سافر به لتجارة أو غيرها، وليس كذلك، بل السفرُ للتجارة يجوز بلا نزاعٍ في المواضع الآتية، قطع به في «المغني»، و«الكافي»[2]، و«الشرح»[3]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، ومحلُّ الخلاف إذا سافر به لغير تجارة، فهذا الذي خالف فيه في «المغني»، و«الكافي» وغيرهما، وكلامُه مطلقٌ وليس بمراد.

الحاشية ....

---

(١) ١٤/ ٤٧٧.

(٢) ٣/ ٢٥٥.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٣٧٣.

الفروع

وله بيعُه نَساءً، وقرضُه*، على الأصح فيها لمصلحته، جزم به في

التصحيح

والثاني: قوله بعد ذكر أحكام وديعة مال الصغير ونحوه[1]: (وظاهرُ كلام الأكثر: يجوز إيداعه؛ لقولهم: يتصرف بالمصلحة، وقد يراه مصلحةً؛ ولهذا جاز مع إمكان قرضه أن يملكه الشريكُ، في إحدى الروايتين، دون القرض؛ لأنه تبرعٌ، والوديعةُ استنابةٌ في حفظ) انتهى. معنى كلام المصنف: أنه يستدل على جواز إيداع الولي مالَ الصغير، وإن لم يجز قرضُه؛ بدليل ما قال الأصحاب: إن الشريك في شركة العنان يملك إيداعَ المال المشترك في إحدى الروايتين، ولا يجوز له قرضُه، فذكرُه للروايتين هنا؛ إنما هو على سبيل الاستشهاد لجواز إيداع مال الصغير وعدم جواز قرضه، والمصنف قد أطلق الروايتين في باب الشركة في جواز إيداع مال الشركة على ما يأتي / هناك[2] محرراً مصححاً؛ لأنه محلُّ التصحيح لا هنا، والله أعلم. ١٣٦

الحاشية

* قوله: (وله بيعُه نَسَاءً وقرضُه) إلى آخره.

قال في «التلخيص» في مسألة المضاربة: إذا اشترى المضاربُ من يعتق على ربِّ المال بالرحم، فإن فعل ذلك، صح وعتق. نص عليه. ثم قال: ثم هل على المضارب الضمانُ؟ فقال أبوبكر والقاضي في «التعليق الكبير»: لا يضمنُ، كما لو سافر سفراً يظنه آمناً، أو باعَ بنسيئة ممن يعتقده مَليئاً، وكان مأذوناً له فيهما، فبان بخلافه، فإنه لا يضمن؛ لعدم العلم. وكذلك للوصي وأمين الحاكم إذا دفعا مالَ اليتيم مضاربةً إلى من ظاهرُه العدالةُ، بخلاف ما إذا علماه خائناً، فإنهما يضمنان. وقال في «المجرد» يضمن، وكذلك أبوالخطاب، وهو ظاهرُ رواية ابن منصور؛ لأنه تسبب في إتلافه بتقصيره في البحث، كما لو قصر في حفظه، فضاع، أو قربه من مهلكٍ، فهلك. وقد ذكر القاضي علاء الدين البَعلي، في «الاختيارات» في باب الوكالة، فيما إذا باع الوكيلُ بدون ثمن المثلِ، هل يضمن؟ وذكر في ضمن ذلك الوصي وناظر الوقف، فنقل عن الشيخ تقي الدين في هذا الأصل كلاماً عظيماً يشفي في ذلك، وحاصله: إن فرط، ضمن، وإن اجتهد ولم يفرط، ففي ضمانه نظرٌ، وقواعدُ المذهب تشهد له بروايتين، من مسألة إذا رمى في صف الكفار من يعتقده كافراً، فبان مسلماً، ففي ضمانه روايتان، والمصنف قد ذكر في المضاربة فيما يتعلق بهذا الأصل قبل قوله: (فصل: و[3] له أن يضاربَ) بيسير فينظر[2].

---

(١) في الصفحة ١٤.

(٢) ص ٨٧ .

(٣) بعدها في النسخ الخطية: «ليس»، ولعله سهو فإن الفصل: وله أن يضارب.

٣٩/٢ الفروع «المحرر»، و«الوجيز»/ وغيرهما. وفي «المغني»[١]: يقرضُه لحاجة سفرٍ أو خوف عليه أو غيرهما، وقيل: برهن، [٢]وفي «المذهب» وغيره: يقرضه برهن، وسياقُ كلامهم لحظِّه، وفي «الترغيب»: في قرضه برهن[٢] زاد في «المستوعب»: وإشهاد روايتان.

وله إيداعُه مع إمكان قرضِه، ذكره في «المغني»[١]، وظاهرُه: متى جاز قرضُه، جاز إيداعُه، وظاهرُ كلام الأكثر: يجوز إيداعُه؛ لقولهم: يتصرف بالمصلحة، وقد يراه مصلحةً؛ ولهذا جاز مع إمكان قرضه أن يملكه الشريكُ في إحدى الروايتين، دون القرض؛ لأنه تبرعٌ، والوديعةُ استنابةٌ في حفظ، لا سيما إن جاز للوكيل التوكيلُ؛ فلهذا يتوجه في المودع رواية، ويتوجه أيضاً في قرض الشريك رواية.

وفي «الكافي»[٣]: لا يودعه إلا لحاجة، وأنه[٤] يقرضه لحظِّه بلا رهن، وأنه إن سافر، أودعه، وقرضه أولى، ولا يقرضه لمودة ومكافأةٍ. نص عليه، وله شراءُ عقار به، ودفعه مضاربةً على الأصح ببعض ربحه، وقيل: بأجرة مثله، وعند ابن عقيل بأقلهما، وإن اتجر بنفسه، فلا أجرةَ له في الأصح، وتعليمُه الخط وما ينفعه ومداواتُه بأجرة [٥]بلا إذن حاكم. نص عليه، وتعتبر[٥] المصلحةُ في جميع ذلك، وحملُه بأجرة ليشهد الجماعةَ، قاله في «الفصول»، و«المجرد»، وإذنه في تصدقه بيسير، قاله في «المذهب»،

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) ٧/ ١٣٠.
(٢ـ٢) ليست في (ر).
(٣) ٣/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥.
(٤) ليست في النسخ الخطية والمثبت من (ط).
(٥ـ٥) ليست في (ب).

الفروع

والتضحيةُ له على الأصح مع كثرة ماله، ويحرم صدقتُه منها، وفي «الانتصار» عن أحمد: تجب الأضحيةُ؛ لقوله: للوصي التضحيةُ عن اليتيم من ماله، فدل أنها كزكاة وفطرة، وإلا لما جاز، كصدقة، وعلل في «الفصول» عدمَ التضحيةِ بالتبرع، وله الإذنُ لصغيرة في لعب بلُعَب غيرِ مصورة، وشراؤُها بمالها. نص عليهما، وقيل: بماله، وإن لم يمكن الوليَّ تخليصُ حقِّ موليه إلا برفعه إلى والٍ يظلمه، فقد يقال: يرفعه؛ لأنه هو الذي جرَّ الظلمَ إلى نفسه، كما لو لم يمكن ردُّ المغصوب إلا بكلفة عظيمة، وقد يقال: لا؛ لما فيه من تسليط الوالي الظالم على ظلم غير مستحقٍّ، مضرتُه أكثر من منفعة عدله، ذكره شيخنا(م٧).

قال: ولو مات من يتجر ليتيمه ولنفسه بماله، وقد اشترى شيئاً لم يعرف لمن هو، لم يقسم بينهما(هـ) ولم يوقف الأمر حتى يصطلحا (ش) بل مذهب الإمام أحمد، رضي الله عنه: يقرع، فمن قرع، حلف وأخذ، وينفق عليه بمعروف، ولو أفسدها، دفعها يوماً بيوم، فلو أفسدها، أطعمه معاينة، ولو أفسد كسوته، ستر عورتَه فقط في بيت، إن لم يمكن التحيل ولو بتهديد، ومتى أراه الناس، ألبسه، فإذا عاد، نزع عنه، وسأله مهنا: المجنونُ يقيد بالحديد إذا خافوا عليه؟ قال: نعم، ويقبل قولُه فيهما* مالم تخالفه عادةٌ وعرفٌ، وفي مصلحة وتلف، لا قولُ وارثه، ويحلف غيرُ حاكم على الأصح.

التصحيح

مسألة ـ ٧: قوله: (وإن لم يمكن الوليَ تخليصُ حقِّ موليه إلا برفعه إلى وال يظلمه، فقد يقال: يرفعه؛ لأنه هو الذي جرَّ الظلمَ إلى نفسه، كما لو لم يمكن ردُّ المغصوب إلا بكلفة عظيمة، وقد يقال: لا؛ لما فيه من تسليط الوالي الظالم على ظلم غير مستحقٍّ، مضرتُه أكثر من منفعة عدله، ذكره شيخنا). انتهى. قلت: الصوابُ رفعُه في هذه الأزمنة، وهذا مما لا شك فيه الآن، والله أعلم.

الحاشية

*** قوله: (ويقبل قولُه فيهما).**

أي: الكسوةِ والنفقةِ.

الفروع

وله تزويجُ سفيهٍ بلا إذنه في الأصح، وفي إجباره وجهان (م٨). وإن أذن له، ففي لزومه تعيينَ المرأة وجهان (م٩). ويتقيد بمهر المثل، ويحتمل لزومُه زيادةُ إذن فيها، لتزويجه بها في أحد الوجهين، والثاني: تبطل هي؛ للنهي عنها، فلا تلزم أحداً(م١٠).

التصحيح

مسألة ـ ٨: قوله: (وله تزويجُ سفيهٍ بلا إذنه، في الأصح، وفي إجباره وجهان). انتهى. وأطلقهما في «البلغة»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير» في النكاح:

أحدهما: ليس له إجبارُه. قلت: وهو ظاهرُ كلام كثير من الأصحاب.

والوجه الثاني: له ذلك. قلت: وهو الصوابُ إن كان في ذلك مصلحةٌ، وإلا فلا، قال في «المغني»[1]، و«الشرح»[2]: قال أصحابنا: لو زوجه بغير إذنه، صح؛ لأنه عقدُ معاوضة، فملكه الولي كالبيع، ولأنه محجورٌ عليه، أشبه الصغيرَ والمجنونَ، ويحتمل أن لا يملك تزويجَه بغير إذنه؛ لأنه يملك الطلاقَ، فلم يجبر على النكاح، كالرشيد والعبد الكبير، ومالا إلى هذا الاحتمال ونصراه، فتلخص: أن الأكثر سوغوا إجبارَه على ذلك إذا رآه مصلحةً، وأن الشيخ ومن تابعه نصروا عدَمَ الإجبار، والله أعلم.

مسألة ـ ٩: قوله: (وإن أذن له، ففي لزومه تعيينَ المرأة وجهان) انتهى.

أحدهما: لا يلزم تعيينُها، بل هو مخيرٌ، وهو الصحيحُ، قال في «المغني»[1]، و«الشرح»[2]: الولي مخيرٌ بين أن يعينَ له المرأةَ أو يأذن له مطلقاً، ونصراه، وهو الصوابُ، وكذا قال ابن رزين في «شرحه»، وقطعوا به.

والوجه الثاني: يلزمه تعيينُ المرأة له، وهو قوي. قلت: ينبغي أن تقيدَ المسألةُ بما إذا تزوج من تقاربه في الكلفة ونحوها، ولعله مرادُ الأصحاب، ويدل على ذلك قولُ المصنف بعد ذلك: (ويتقيد بمهر المثل).

مسألة ـ ١٠: قوله: (ويتقيد بمهر المثل، ويحتمل لزومُه زيادةُ إذن فيها لتزويجه بها

الحاشية

....

---

(١) ٩/٤١٩ ـ ٤٢٠.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/١٥٣ ـ ١٥٤.

الفروع

وإن عضله، استقل، وإن علمه يطلق، اشترى له أمةً. وفي إجبار السفيه الخلافُ، ذكره في «الترغيب» في تفويض البضع[م١١].

وإن تزوج بلا إذنه لحاجة، صح، وإلا فلا في الأصح فيهما، ويكفر بصوم، كمفلس، وقيل: إن لم يصح عتقُه، وإن فُكَّ حجرُه قبل تكفيره وقدر، أعتق، ويستقل بما لا يتعلق بالمال مقصوده.

ولا يحل للولي من مال موليه إلا الأقلُّ من أجرة مثله أو كفايتُه، وفي «الإيضاح»: إذا قدره حاكمٌ، وللشافعية في اعتباره وجهان مع فقره، وقال ابن عقيل: أو غناه، وحكاه روايةً، وقال ابن رزين: يأكل فقير، ومن يمنعه عن معاشه بمعروف، ولا يلزمه عوضُه بيساره على الأصح، وخرج أبو الخطاب وغيره مثلَه في ناظر وقف، ونصه فيه: يأكل بمعروف، وعنه أيضاً: إذا اشترط، قيل له: فيقضي دينَه؟ قال: ما سمعت. قال شيخنا، لا يقدم بمعلومه بلا شرط إلا أن يأخذ[١] أجرةَ عمله مع فقره، كوصي اليتيم، وفرق القاضي بين الوصي والوكيل؛ بأنه لا يُمكنه موافقتُه على الأجرة، والوكيلُ

التصحيح

في أحد الوجهين، والثاني: تبطل هي؛ للنهي عنها، فلا تلزم أحداً). انتهى:

أحدهما: ليس له تزويجُه بزيادة على مهر المثل، وهو ظاهرُ كلام أكثر الأصحاب.

والوجه الثاني: له ذلك إذا رآه مصلحة، وما هو ببعيد.

مسألة ـ ١١: قوله: (وفي إجبار السفيه الخلافُ، ذكره في «الترغيب» في تفويض البضع). انتهى. الظاهرُ: أن مرادَه بالإجبار هنا: إجبارُه على التَّسَرِّي[٢]؛ لأنه ذكره عقبه، ولأنه ذكر إجبارَه على النكاح قبل ذلك، وأطلق الخلافَ، فأحال الخلافَ على الأول، والله أعلم.

الحاشية

....

---

(١) في الأصل: «يأكل».

(٢) في النسخ: «الشراء»، والمثبت من (ط).

الفروع يمكنه، ونقل حنبل في الولي والوصي يقومان بأمره: يأكلان بالمعروف، كأنهما كالأجير والوكيل، قال: وظاهرُ هذا: النفقةُ للوكيل.

ولا يحجر حاكمٌ على مقتر على نفسه وعياله، واختار الأزجي: بلى، قال الأزجي في الإقرار لحمل[1]: إذا خرج، أُجبر المقرُّ على دفع المال إلى الولي ويبرأ؛ لأنه قائمٌ مقامَه شرعا، وقال أيضاً: الحملُ لا يثبت له حقٌّ من ناحية التصرف، فلم يصح الإقرارُ له؛ فدل أنه لا وليَّ لحمل في مال، وقال الشيخ: إن خرج ميتاً وكان عزاه إلى إرث أو وصية، عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل، وقد أفتى أبو الخطاب وأبو الوفاء وابن الزاغوني في مدين مات: أنه إذا ثبت دينُه، فللحاكم بطلب ربِّه، بيعُ عقاره بقدر دينه، ويكتب أنه باعه في دينه الثابت عنده، ولا يعوقه الحملُ.

ولرشيدة التبرعُ من مالها بدون إذن زوج، وعنه: لا، صححها في «عيون المسائل»، وعنه: بزيادة على الثلث، نصره القاضي وأصحابه ولامرأته ونحوها الصدقةُ من بيته بيسير؛ للأخبار الصحيحة الخاصة[2]، ولأنه العرف، والمرادُ إلا أن يضطرب العرفُ ويُشَك في رضاه، أو يكون بخيلاً ويشك في رضاه، فلا يجوز، وعنه: لا، نقله أبو طالب، كهو، وكمن يطعمها بفرض ولا تعلم رضاه، ولم يفرق أحمد.

فصل

من أذن لعبده أو موليه في تجارة، صح، وانفكَّ حجرُه في قدره،

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) في الأصل: «بمحمل»، وفي (ر): «يحمل».

(٢) منها ما أخرجه مسلم (١٠٠٠) (٤٥)، عن زينب امرأة عبد الله قالت: قال رسول الله ﷺ: «تصدقن، يا معشر النساء، ولو من حليكن».

الفروع

كوكيل ووصيٍ* في نوعٍ، وتزويج معين، وبيع عينِ مالِه، والعقد الأول*، وفي طريقة بعض أصحابنا منعُ فكِّ حجرِه؛ لأنه لو انفكَّ لما تصور عودُه، ولما اعتبر علمُ العبد بإذنه له، كما لو أعتقه، ولكان: فككت عنك، مطلقاً في التصرف؛ لأنه أتى بالمقتضى، كقوله: ملكتك، بدل: بعتك، وفي «الانتصار» روايةٌ: إن أذن لعبده في نوعٍ ولم ينه عن غيره، ملكه. وظاهرُ كلامهم: أنه كمضارب في البيع نسيئةً وغيره. ونقل مهنا فيه: للسيد فداؤه، وإلا فللبائع أخذُ العبد حتى يأخذ حقَّه منه، ويتعلق دينُه ـ نقله الجماعة، وقاله جماعة. وفي «الوسيلة»: قدرُ قيمته، ونقله مهنا بمأذون فيه وغيره، نقله أبو طالب وغيره بذمة ـ سيده*؛ لأنه تصرف لغيره، ولهذا له الحجرُ عليه، بعدُ.

التصحيح

....

الحاشية

*** قوله: (كوكيل ووصي).**

يعني: أن الوكيلَ والوصي حكمُه كالعبد إذا وكل في شيء، أو أوصى إلى الوصي في شيءٍ، انفك عنه الحجرُ في قدره، فإذا وكل أو أوصى إليه في نوع، لم يملك التصرفَ بغير ذلك النوع، وكذلك إذا وكل أن يزوجَ شخصاً معيناً، ليس له أن يزوجَ غيرَه، وكذلك إذا وكل في بيع عين مال، ليس له أن يبيعَ غير ذلك المال المعينِ. قال في «المحرر»: وإن عين، أي: للعبدِ أو للوكيلِ أو الوصيِّ نوعَ تصرفٍ، لم يملك غيرَه.

*** قوله: (والعقد الأول).**

يحتمل أن يكونَ عطفاً على قوله: (نوع)، ومعناه إذا وكله في بيع شيءٍ، ملك العقدَ الأوَّل فقط، فإذا باعه ثم عاد إلى ملك الموكل بشراء أو هبة، لم يملك الوكيلُ بيعَه ثانياً إلاّ بإذن ثانية، ويحتمل أن يكونَ مرادُه: إذا صرَّح الموكلُ بالقصد الأول، مثل أن يقول: وكلتك في بيعه مرة، فإذا عقد عليه مرة، لم يملك العقدَ عليه ثانياً، كما إذا وكله في بيع نوعٍ أو تزويج معين، لم يملك غيرَه. هذا ما ظهر لي، والمسألة لم أرَهَا في غير هذا الموضع، فيعلم ذلك، والمسألة تحتاج إلى تحرير، وإنما المقصودُ بيانُ صورة العقد الأول.

*** قوله: (بذمة سيده).**

التقدير: يتعلق دينُه بذمة سيده.

الفروع وتصرفه في بيع خيار بفسخ إمضاءٌ بذمة سيده؛ لأنه تصرف، وثبوتُ الملك له، وينعزل وكيلُه بعزل سيد لمأذون، كوكيل* ومضارب، لا كصبيٍّ ومكاتَب، ومرتهن [(١]أذن لراهن[١)] في بيع، وعنه: برقبته، كجنايته، وعنه: بهما، وفي «الوسيلة» روايةٌ: بذمَّته، ونقل صالح وعبد الله: يؤخذ السيدُ بما أدان لما أذن له فيه فقط، ونقل ابن منصور: إذا أدان، فعلى سيده/ ، وإن جنى، فعلى سيده. وفي «الروضة»: إن أذن له مطلقاً، لزمه كلما أدان، وإن قيده بنوع لم يذكر فيه استدانةً فبرقبته، كغير المأذون. وإن باعه سيدُه شيئاً، لم يصح، وقيل: بلى، وقيل: وعليه دين قدر قيمته، وإن لم يأذن له، لم يصح تصرفُه، ولو رآه يتجر فسكت، كتزويجه وبيعه ماله، ويتعلق دينُه برقبته، نقله الجماعة، وعنه: بذمته، فعلى المذهب: إن أعتقه، فعلى مولاه، نقله أبو طالب، وإن أذن له في كل تجارةٍ، لم يتوكل لغيره، وتوكيلُه كوكيل، ولا يؤجر نفسَه، وفي عبيده وبهائمه خلاف في «الانتصار»(م١٢).

٢/٤٠

واختصائه[(٢)] ونحوه لا يتصرف فيه، ولا يتعلق به دينُه. وفي صحة شراء من يعتق على سيده وامرأتِه وزوجِ ربة المال، وجهان (م١٣، ١٥).

التصحيح **مسألة ـ ١٢**: قوله في تصرف الرقيق: (ولا يؤجر نفسَه، وفي عبيده وبهائمه خلافٌ في «الانتصار»). انتهى. والصوابُ: الجوازُ إن رآه مصلحةً، وإلا فلا، والله أعلم.

مسألة ـ ١٣ ـ ١٥: قوله في أحكام الرقيق: (وفي صحة شراءِ من يعتق على سيده وامرأته وزوجِ ربة المال، وجهان). انتهى. شمل كلامه مسائل:

الحاشية * **قوله**: (كوكيل).

علة لقوله: (لأنه تصرف لغيره).

(١ ـ ١) في الأصل و(ر): «دون الراهن».

(٢) في (ر): «واحتضانه».

الفروع ....

التصحيح

المسألة الأولى ـ ١٣: إذا اشترى مَن يعتق على سيده، فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»[(١)] و[(٢)]«الشرح»[(٣)] في أحكام المضاربة، و«المحرر»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، و«الفائق»[٢]، وغيرهم:

أحدهما: يصح. قال في «الرعاية الكبرى»: صح في الأصح، واختاره أبو الخطاب، فقطع به في «الهداية»، و«رؤوس المسائل»، وأقره في «شرح الهداية» عليه. قاله في «تصحيح المحرر»، وقطع به أيضاً في «المذهب»، و«المستوعب»و «الخلاصة»، وغيرهم، وقدمه ابن رزين في «شرحه» في باب المضاربة.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي، وصححه في «النظم»، و[(٢)]«تصحيح المحرر»[٢] وهو الصوابُ.

المسألة الثانية ـ ١٤: إذا اشترى امرأةَ سيده، فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الرعاية الكبرى»، فقال في باب الكتابة: وإن اشترى زوجتَه، انفسخ نكاحُها، وإن اشترى زوجةَ سيدِه، احتمل وجهين، وأطلقهما في «المغني»[(٤)]، و«الشرح»[(٥)] في أحكام المضاربة، وقالا: حكمُها كالتي قبلها. قلت: الصوابُ هنا صحةُ الشراء.

المسألة الثالثة ـ ١٥: لو اشترى زوجَ صاحبة المال، فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وظاهره: أنه اشترى بمال سيدته زوجها، وأطلقه في «المغني»[(٦)] و«الشرح»[(٥)]، و«شرح ابن رزين»[(٧)]، وحكمُ هذه المسألة والتي قبلها حكمُ المسألة الأولى، قاله في «المغني»[(٤)]، وتبعه الشارح وابن رزين، وقد علمت الصحيحَ في

الحاشية ....

(١) ٧/ ١٥٤.

(٢ ـ ٢) ليست في (ط).

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٨٨.

(٤) ٧/ ١٥٣.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٨٦.

(٦) ٧/ ١٥٤.

(٧) ليست في (ط).

الفروع فإن صح وعليه دين، فقيل: يعتق، وقيل: يباع فيه[م١٦]. ومثلُه مضاربٌ[م١٧].

التصحيح المسألة الأولى، فكذا في هاتين المسألتين.

تنبيه: كلامُ المصنف وحكايتُه الخلافَ في أن المشتري هو العبدُ المأذون له، وهو ظاهرُ كلام صاحب «الهداية»، و«المذهب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[١]، و«الشرح»[٢]، وغيرهم في المسألة الثانية، وأن التي اشتراها زوجة سيدهِ، وأما صاحبُ «المستوعب» فإنه صرح في المسألة الثانية والثالثة بأن المشتري هو المضاربُ، وقد ذكر المصنف بعد هذه مسألة المضارب، وأن الأشهر فيها كمن نذر عتقه.

مسألة ـ ١٦: قوله: (فإن صح وعليه دينٌ، فقيل: يعتق، وقيل: يباع فيه). انتهى. يعني إذا صح الشراءُ في المسائل التي قبل هذه، وكان عليه دينٌ، فهل يعتق أو يباع؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يعتق، قال في «المغني»[٣]، و«الشرح»[٤]، و«شرح ابن رزين»: إذا اشترى المأذونُ له من يعتق على ربِّ المال بإذنه، صح وعتق، فإن كان على المأذون له دينٌ يستغرق قيمتَه وما في يده، وقلنا: يتعلق الدينُ برقبته، فعليه دفعُ قيمة[٥] العبد الذي عتق إلى الغرماء؛ لأنه الذي أتلفه عليهم بالعتق. انتهى. فظاهرُ هذا: أنه يعتق ولا يباع في الدين، وحكموا بأن الدينَ على المأذون له لا على السيد.

والوجه الثاني: لا يعتق، ويباع في الدين، قال في «الرعاية الكبرى»: وإذا اشترى مَن يعتق على سيده بلا إذنه، صح في الأصح، وعتق، وإن كان عليه دينٌ، بيع فيه، ويحتمل عتقُه مطلقاً. انتهى. فقدم أنه يباع فيه.

مسألة ـ ١٧: قوله: (ومثلُه مضارب) يعني: أن فيه الخلافَ في الأحكامِ التي في العبد

الحاشية ....

(١) ١٥٣/٧ .
(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٨٦/١٤ .
(٣) ١٥٣/٧ ـ ١٥٤ .
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٨٧/١٤ ـ ٨٨ .
(٥) ليست في (ط).

الفروع

والأشهرُ يصح كمن نذر عتقَه، وشراءه من حلف لا يملكه(☆)، ويضمن المأذون له إذا اشترى مَن يعتق على ربِّ المال، أو اشترى زوجتَه أو زوجَ صاحبةِ المال.

التصحيح

واعلم: أن المضاربَ إذا اشترى من يعتق على ربِّ المال بغير إذنه، فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف على هذه الطريقة:

أحدهما: يصح. نص عليه، وهو الصحيحُ من المذهب، وعليه أكثرُ الأصحاب، منهم أبو بكر والقاضي، وقطع به في «الهداية»، و«الفصول»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«الوجيز»، وغيرهم، وقدمه في «الكافي»[1]، و«المغني»[2]، و«المقنع»[3]، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم، وصححه في «النظم» وغيره، قال القاضي: ظاهرُ كلام الإمام أحمد صحةُ الشراء.

والوجه الثاني: لا يصح، وهو تخريجٌ في «الكافي»[1]، واحتمالٌ في «المقنع»[3]، وأطلق احتمالين في «المغني»[4]، و«الشرح»[5].

تنبيهان

(☆) **الأول**: قوله: (والأشهر. . . كمن/ نذر عتقه وشراءه من حلف لا يملكه). انتهى. ١٣٧
يعني: أن هذه المسألة كما لو اشترى المضاربُ مَن نذر ربُّ المال عتقَه، أو حلف لا يملكه، فاشتراه العاملُ، وقد قطع القاضي والشيخ في «المغني»[2] والشارح وغيرهم بصحة شراء المضارب من نذر ربُّ المال عتقَه، [6]ويعتق على ربِّ المال. قال في «التلخيص»: لو اشترى مَن يعتق على ربِّ المال بالرحم، صح وعتق، نص عليه، كما لو صادف مَن كان المالكُ نذر عتقَه[6]، أو علقَ عتقَه قبل الملك عليه، وقلنا بصحة التعليق. وقال في

الحاشية

....

(١) ٣/٣٤٧ ـ ٣٤٨.

(٢) ٧/١٥٢.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٨٣ ـ ٨٤.

(٤) ٧/١٥٢ ـ ١٥٣.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٨٧ ـ ٨٨.

(٦ ـ ٦) ليست في (ص).

الفروع مضاربٌ في الأصح، وقيل: مع علمه، جزم به في «عيون المسائل»، قال: لأن الأصولَ قد فرقت بين العلم وعدمه في باب الضمان، كالمعذور، وكمن رمى إلى صف المشركين، وكمن وطئ في عقد فاسد، فإنه إن علم بالفساد، لزمه بكل وطأة مهر، وإن لم يعلم، فمهر واحدٌ.

ويضمن ثمنَه، وعنه: قيمتَه، ففي الحطِّ عنه قسطه منها وجهان(م١٨)،

التصحيح «الرعاية الكبرى»: ويحتمل أن لا يصحَّ الشراءُ إلا ما نذر ربُّ المال عتقَه أو علقه على شرائه، وقلنا: يصح التعليق. انتهى. وأما مسألةُ شراء مَن حلف لا يملكه، فلم أرها، وقد حكم المصنفُ بأنها مثلُ مَن نذر عتقَه، ولعله أراد ما قاله في «التلخيص»، و«الرعاية».

الثاني: دخل في كلام المصنف لأجل تمثيله: لو اشترى المضارب زوجةَ ربِّ المال، أو زوج صاحبة المال، وهو كذلك، وقد صرح به في «المغني»[1] و «الشرح»[2] و «شرح ابن رزين»، و«الرعاية»و «الفصول» وغيرهم، وقطعوا بالصحة، وقد قال المصنف بعد ذلك: (وقالوا: يصح شراؤُه زوجاً وزوجةً؛ لعدم إتلاف مال المضاربة، وفي «الوسيلة» الخلافُ) انتهى. فإذاً مرادُ المصنف بقوله: (ومثله مضارب) يعني: في شراء من يعتق عليه، لا في شراء زوجة ربِّ المال أو زوجِ ربَّة المالِ، وقال في «الفصول» في ما إذا اشترى المضاربُ زوجَ ربَّة المالِ: هي مثلُ ما إذا اشترى مَن يعتق على ربِّ المال بالرحم، ولكن يفارقها أنه لا يضمن شيئاً إذا اشترى زوجَ ربَّة المال، والله أعلم.

مسألة ـ ١٨: قوله: (ويضمن ثمنَه، وعنه: قيمتَه، ففي الحط عنه قسطه منها وجهان) انتهى. ذكر هذين الوجهين أبو بكر، قال في «الرعاية الكبرى»: وهل يسقط عن العامل قسطَه منها؟ على وجهين:

أحدهما: يحط عن العامل قسطَه منها، اختاره في «التلخيص» فقال: وهل يحط عن المضارب قسطَه منها؟ على وجهين، والأصح أنه يحط. انتهى. وجزم به في

الحاشية ....

(١) ٧/ ١٥٣.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٨٦.

الفروع

وقيل: يصح موقوفاً، وقالوا: يصح شراؤُه زوجاً وزوجةً؛ لعدم إتلاف مال المضاربة، وفي «الوسيلة» الخلافُ.

ولا يبطل إذنُه بإباقه في الأصح، كتدبير واستيلاد، وفيه: بكتابة وحرية وأسر خلافٌ في «الانتصار»، وفي «الموجز»، و«التبصرة»: يزول ملكُه بحرية وغيرها، كحجر على سيده [م١٩]. وليس إباقه فرقةٌ. نص عليه، وله هديةُ مأكول وإعارةُ دابة وعملُ دعوة ونحوه بلا سرفٍ، ومنعه الأزجي، كهبة نقد وكسوة. ونكاحه، وكمكاتب في الأصح، ذكره الشيخ، وجوزه له في «الموجز»، وفيه في «الترغيب»: لا يتوسع فيه.

ولغير المأذون الصدقةُ من قوته بما لا يضره، وعنه: لا، ويأتي في الوليمة[1]: هل للشريك الصدقةُ؟ وما كسبه عبدٌ غيرُ مكاتَب فلسيده، وفي ملكه*

التصحيح

«المغني»[2]، و«الشرح»[3]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يحط عنه.

مسألة ـ ١٩: قوله: (ولا يبطل إذنُه بإباقه في الأصح، كتدبير واستيلاد، وفيه: بكتابة وحرية وأسر خلافٌ في «الانتصار»، وفي «الموجز»، و«التبصرة»: يزول ملكُه بحرية وغيرها، كحجر على سيده) انتهى. ذكر ثلاث مسائل حكمُها واحدٌ عنده، والصواب عدمُ بطلان إذنه بذلك، ومسألةُ الحرية قريبةٌ من مسألة الحرية في الوكالة، والصحيحُ فيها أنه لا يبطل، فكذا هذه، على ما يأتي في الوكالة[4].

الحاشية

* **قوله: (وفي ملكه)** إلى آخره.

قال في «القواعد» في آخرها، في فائدة العبد، هل يملك بالتمليك؟ تنبيه: ملك العبد بالتمليك هل هو مختصٌّ بالسيد، أم لا؟ قال في «التلخيص»: هو مختصٌّ بسيده، فلا يملك من غير جهته،

---

(١) ٨/ ٣٢٢ .

(٢) ٧/ ١٥٤.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٨٨.

(٤) ص ٣٦ .

الفروع بتمليك سيده، وقيل: وغيره روايتان، فإن لم يملك واختاره الأصحاب فهو لسيده(م٢٠)، يعتقه ولا يَتَسرَّى منه، ولا به، ولا يُكَفِّر.

وإن ملك ـ واختاره أبو بكر، وأبو إسحاق، وابن عقيل ـ انعكس ذلك، وجوز أبو بكر وأبو إسحاق تَسرِّيه عليهما. ونقل أبو داود وجعفر: يتسرى من مال سيده بإذنه؟ قال: نعم. ونقل الجماعة: لا يتسرى بلا إذنه، وله التسري بإذن ورثة مفقود. نص عليه، ذكره الخلال، ويتوجه: لا، وفي «الانتصار»:

التصحيح **مسألة ـ ٢٠**: قوله: (وفي ملكه بتمليك سيده، وقيل: وغيره، روايتان، فإن لم يملك واختاره الأصحاب فهو لسيده) انتهى. وأطلق الروايتين في «التلخيص»، و«الشرح»[١]، و«مجمع البحرين»، و«الحاوي الكبير»، وغيرهم:

إحداهما: لا يملك، قال المصنف هنا: (اختاره الأصحاب)[٢] قلت: منهم الخرقي وأبو بكر والقاضي، قاله في «القواعد الفقهية» وغيره، قال في «التلخيص» في هذا الباب: هذا الذي عليه الفتوى. قال في «القواعد الأصولية»: هذه الرواية أشهرُ عند الأصحاب.

والرواية الثانية: يملك بالتمليك، اختاره أبو بكر وأبو إسحاق بن شاقلا وابن عقيل، قاله المصنف، وصححها الشيخ في «المغني»[٣]، قال في «القواعد الأصولية»: وهي أظهرُ. قال في «الحاوي الصغير»و «الفائق»: ويملك بتمليك سيده وغيره في أصح الروايتين، وقال في «الرعايتين»: لو ملك، ملك في الأقيس. انتهى. وجزم به في «المنور» وغيره، وقدمه في «المحرر» وغيره.

الحاشية وكلام الأكثرين يدل على خلافه. ثم فرع على ذلك مسائل؛ منها: اللقطة، ومنها إذا حاز مباحاً، ومنها: الوصية والهبة. وقال في «القواعد» أيضاً: قال الشيخ مجد الدين: ظاهرُ كلامه: إباحةُ التسري للعبد، وإن قلنا: لا يملك، فيكون نكاحاً عنده، وحمل قول أبي بكر على مثل ذلك، وعلى هذا: فهل يشترط له الإشهادُ؟ ظاهرُ كلام أحمد يقتضي استحبابَه لا غير.

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٦/ ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) ٦/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠.

الفروع

إن ملك، اشترى منه، واقترض وقضى*، وغرم* ما أتلفه برضاه، ولا يطالبه، كالأب، وإن تسرى بإذنه، لم يصح رجوعُه، نقله الجماعة، قال:

التصحيح

تنبيهان

الأول: في كلام المصنف نظر من وجوه:

أحدها: إطلاقُه للخلاف، مع قوله عن إحدى الروايتين (اختاره الأصحاب) فما اختلف الترجيح حتى يطلق الخلافَ؛ لأن الأصحابَ اختاروا إحداهما على زعمه، وتقدم الجواب عن ذلك في المقدمة.

الثاني: كونه قال: (اختاره الأصحاب) مع اختيار هؤلاء الجماعة للرواية الثانية، ولعله أراد المتقدمين، لكن أبو بكر وابن شاقلا من أعظم المتقدمين، والظاهر: أنه أراد أن يقول: واختاره أكثرُ الأصحاب، فسبق القلم، فسقطت لفظة «أكثر»، أو وقع ذلك من الكاتب.

الثالث: قوله: (اختاره أبو بكر)، والذي نقله في «المغني»[(١)]، و«الشرح»[(٢)]، و«القواعد الفقهية»، وغيرهم، أن أبا بكر إنما اختار أنه لا يملك، لا أنه اختار أنه يملك، وصرح بذلك عنه في «المغني»[(١)]، و«الشرح»[(٢)]، وذكرا[(٣)] لفظَه، ولعل له اختيارين، لكن لم نر أحداً من الأصحاب عزى ذلك إليه.

الحاشية

*** قوله: (وفي «الانتصار»: إن ملك، اشترى منه واقترض وقضى).**

أي: يقترض السيدُ من مال العبد الذي ملكه، ويشتري منه؛ لأنه ملك العبد، فيصح شراؤه منه، كما يصح شراؤه من الأجنبيِّ، وإذا فعل ذلك، فليس للعبد مطالبةُ سيده بالثمن الذي اشترى به منه، ولا بالمال الذي اقترضه منه؛ لأن له فيه شبهةً، كما أن الابن لا يطالب أباه.

*** قوله: (وقضى وغرم).**

أي: إذا كان على العبد دينٌ أو أتلف شيئاً يلزمه غرامتُه، فللسيد أن يقضي ذلك عن العبد برضاه. وأمّا إذا قلنا: لا يملك، فإن السيد يفعل ذلك برضاه وغير رضاه. هذا ما فهمته من هذه العبارة، والله أعلم.

---

(١) ٦/٢٥٩ ـ ٢٦٠.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٦/٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٣) في (ط): «ذكر».

الفروع كنكاح، وقيل: لا، وحكي رواية، ولو باعه وله سرِّيةٌ، لم يفرق بينهما، كامرأته، وهي ملكٌ لسيده، نقله حرب.

ويكفر بإطعامٍ بإذنه، وقيل: ولو لم يملك، وفيه بعتق روايتان (م٢١). فإن جاز وأطلق، ففي عتقه نفسَه وجهان (م٢٢). وليس لسيده منعُه التكفير بصوم.

التصحيح **التنبيه**[١] **الثاني**: قوله: (بتمليك سيده، وقيل: وغيره) فقدم أن محل الروايتين في تمليك سيده له، وأنه لا يملك من غير جهته، واختاره في «التلخيص»، وقدمه في «الرعايتين».

والقول الثاني: جزم به في «الحاويين»، و«الفائق». قال في «التلخيص»: وأصحابُنا لم يقيدوا الروايتين[٢] بتمليك السيدِ، بل ذكروهما مطلقاً في ملك العبد إذا ملك. قال في «الفوائد»[٣]: ويدل عليه كلامُ الأكثرين.

مسألة ـ ٢١: قوله: (ويكفر بإطعام بإذنه، وقيل: ولو لم يملك، وفيه بعتق روايتان) انتهى. وأطلقهما في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير» في كتاب الظهار، و«القواعد الفقهية»، و«الأصولية»:

إحداهما: يجوزُ تكفيرُه بالعتق، اختاره أبو بكر، ومال إليه الشيخ والشارح وغيرهما، قال في «التلخيص»: وعلى رواية أنه يملك بتمليكه، يكفر بالعتق. انتهى.

والرواية الثانية: لا يجوز.

مسألة ـ ٢٢: قوله: (فإن جاز وأطلق، ففي عتقه نفسه وجهان) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[٤]، و«الشرح»[٥]، و«القواعد الأصولية»، و«الفقهية»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير» في كفارة الظهار:

الحاشية ....

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) في (ط): «الرعايتين».

(٣) ليست في (ط).

(٤) ١٣/ ٥٣٠.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٧/ ٥٤١.

الفروع

نص عليه، وقيل: إن حلف بإذنه، وكذا النذر، وله التنفلُ به بلا مضرة، وله معاملةُ عبد ولو لم يثبت كونُه مأذوناً له، خلافاً لـ«النهاية»، نقل مهنا فيمن اشترى من عبد ثوباً فوجد به عيباً، فقال العبد: أنا غير مأذون لي في التجارة، قال: لا يقبل منه، إنما أراد أن يدفع عن نفسه. ونقل حنبل: إن حجر على عبده، فمن بايعه بعد علمه، لم يكن له شيء؛ لأنه المتلفُ. ونقل مهنا فيمن قدم ومعه متاع يبيعه، فاشتراه الناسُ منه، فقال: أنا غيرُ مأذون لي في التجارة، قال: هو عليه في ثمنه، كان مأذوناً له أو غير مأوذن، ولو أنكر السيدُ إذنَه، فيتوجه الخلافُ.

وقال شيخنا: إن علم بتصرفه، لم يقبل ولو قدر صدقُه، فتسليطه عدواناً منه، فيضمن، وفي طريقة بعض أصحابنا: التجارُ أتلفوا أموالهم[1]؛ لما لم يسألوا المولى؛ إذ الأصلُ في حقِّ العبد الحجرُ، وسكت بناء على الأصل، وهو الحجر، فلم يغرَّهم، بل البائعُ اغتر لما أقدم ولم يسأل.

فإن قيل: يؤدي إلى تلف أموالِهم؛ لثبوتها في ذمته؛ ولهذا منعنا من ثبوت الحجر الخاصِّ بعد الإذن الشائع؛ لأنه تغريرٌ، قيل: هذا نظرٌ إلى الحكم والمصالح، والحكمُ إنما ينبني على الأسباب، وإلا أدى إلى اطِّراحها.

ويثبت الحجرُ الخاصُّ وإن لم يعلم، وكذا نقول في حقِّ أهل قباء، وإن

التصحيح

أحدهما: يجوز ويجزئ. قلت: وهو الصوابُ، قال الزركشي: جاز ذلك على مقتضى قول أبي بكر.

والوجه الثاني: لا تجزئه.

الحاشية

....

---

(١) في (ط): «مواليهم».

الفروع سلمنا؛ فلأنه يثبت الإطلاق شائعاً، فكذا الحجرُ، ولهذا بنى أهلُ قباء على صلاتهم[١].

وهو المطالبُ بالثمن، بخلاف الوكيل؛ لتمحض نيابته، وإن تلف نقدٌ اشترى بعينه، بطل، وإلا لزم السيدَ، ففي دفع العبد له بلا إذن جديد خلافٌ، ذكر ذلك في «النهاية»، وظاهرُ كلام الأكثر: لا يطالب بثمن، كوكيل.

ولا يعامل صغيرٌ إلا في مثل ما يعامل به مثلُه. نص عليه، ونقل الأثرم: لا في نحو خمسة دراهم، وللمعتق بعضُه وطءُ أمةٍ ملكها بجزئه الحرِّ، والأصح بلا إذن، والله أعلم.

التصحيح فهذه اثنتان وعشرون مسألة قد أطلق فيها الخلاف، وصحح أكثرها.

الحاشية ....

---

(١) تقدم تخريجه ٢/ ١٣٠ .

الفروع

باب الوكالة

تصح ممن يصح تصرفُه بنفسه، وإلا فلا. فلو وكله في بيع ما سيملكه، أو طلاق من يتزوجها، لم يصح؛ إذ الطلاقُ لا يملكه في الحال، ذكره الأزجي، وذكر غيرُه: إن قال: إن تزوجت هذه، فقد وكلتُك في طلاقها، وإن اشتريتُ هذا العبد، فقد وكلتُك في عتقه، صح، إن قلنا: يصح تعليقُهما على ملكهما، وإلا فلا، وقيل: بلى.

فلا يصح توكيلُ فاسق في إيجاب نكاح، إلا على رواية (☆)، وفي قبوله وجهان (م١).

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (فلا يصح توكيلُ فاسقٍ في إيجاب نكاحٍ، إلا على رواية، وفي قبوله وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، و«الفائق»، و«الرعاية الكبرى» في النكاح:

أحدهما: يصح قبولُه النكاح لغيره بالوكالة، وهو الصحيحُ، واختاره أبو الخطاب وابن عقيل، وابن عبدوس في «تذكرته»، قال الشيخ الموفق والشارح: وهو القياس، وقدمه في «المغني»[1]، و«الكافي»[2]، قال ابن نصر الله في «حواشيه»: أصحهما[3] يصح.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره الأكثرُ، منهم القاضي، قال في «التلخيص»: اختاره أصحابنا إلا ابن عقيل، وقدمه في «الرعاية الكبرى»، و«شرح ابن رزين»، وصححه الناظم وغيره، قال في «الوجيز»: ولا يوكل فاسقٌ في نكاح. انتهى. وهذه المسألة بعينها ذكرها المصنف في باب أركان النكاح[4]، فحصل التكرار.

(☆) **تنبيه**: [5]قوله: (إلا على رواية) يعني بها: رواية عدم اشتراط عدالة الوالي[5].

الحاشية

....

(١) ٧/١٩٧.

(٢) ٣/٣١٢.

(٣) في (ط): «أصحها».

(٤) ٨/١٩٣.

(٥ـ٥) ليست في (ط).

الفروع

ووكالةُ مميزٍ في طلاق وغيرِه مبنيٌّ على صحته منه، وفيه في «الرعاية» روايتان: لنفسه أو غيره بلا إذن، وفيه في «المذهب»: لنفسه روايتان، ويصح توكيلُ عبد غيره بإذن، وفيه في نكاحٍ بلا إذن وجهان[م٢].

وهما في سفيه[م٣]، ولا يعتبر إذنُه فيما يملكه وحده، كطلاق، كسفيه،

التصحيح [1]على ما يأتي في باب أركان النكاح[2][1].

مسألة ـ ٢: قوله: (ويصح توكيلُ عبد غيره[3] بإذن، وفيه في نكاحٍ بلا إذنٍ وجهان). انتهى. وأطلقهما في «الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، و«الرعاية الكبرى» في النكاح، و«الفائق» في صحة قبوله النكاح:

١٣٨ أحدهما: لا يصح/ التوكيلُ في الإيجاب ولا القبول، قال الشارح: ولا يجوز توكيلُ العبد بغير إذنِ سيدِه، وهو ظاهرُ كلامه في «الكافي»[4]، و«المقنع»[5]، و«الوجيز»، وجزم به في «التلخيص»، وقدمه في «الرعاية الكبرى»، و«القواعد الأصولية».

والوجه الثاني: يصحان منه، اختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، وقيل: يصح القبولُ دون الإيجاب، وهو ظاهرُ كلامه في «المغني»[6].

مسألة ـ ٣: قوله: (وهما في سفيه). انتهى. وأطلقهما في «الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، و«الرعاية الكبرى» في النكاح:

أحدهما: يصح أن يكونَ وكيلاً في الإيجاب والقبول، اختاره ابن عقيل في «تذكرته».

والوجه الثاني: لا يصح فيهما، قدمه في «الرعاية الكبرى»، وصححه الناظم، وجزم

الحاشية

....

(١ـ١) ليست في (ط).

(٢) ٨/ ١٨٥ .

(٣) ليست في النسخ الخطية.

(٤) ٣/ ٣١٣.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٦٢.

(٦) ٧/ ١٩٧.

الفروع

وهل يصح أن يوكلَ إنسانٌ عبداً في شراء نفسه من سيده بإذنه، وقيل: أو لا؟ روايتان(م٤) . . . .

التصحيح

به في «الهداية»، و«المستوعب»، و«المغني»[1]، و«الشرح»[2]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، وقيل: يصح في قبول النكاح دون إيجابه، قال في «الرعاية الكبرى»: قلت: إن قلنا: يتزوج السفيهُ بغير إذنِ وليِّه، فله أن يوكلَ ويتوكلَ في إيجابه وقبوله، وإلا فلا. انتهى. وهو ظاهرُ كلام كثير من الأصحاب.

مسألة ـ ٤ : قوله: (وهل يصح أن يوكلَ إنسانٌ عبداً في شراء نفسِه من سيده بإذنه، وقيل: أو لا؟ روايتان) انتهى. وكذا حكاهما في «المغني»[3]، و«الشرح»[4]، و«الفائق»، وغيرهم، وهما وجهان في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[4]، و«التلخيص»، و«الرعايتين»، و«الحاويين» وغيرهم، وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«المقنع»[4]، و«التلخيص»، و«الشرح»[4]، و«الحاوي الكبير»، و«الفائق»، وغيرهم:

إحداهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في «الكافي»[5]، و«الوجيز» وغيرهما، وصححه في «التصحيح»، و«النظم» وغيرهما، واختاره الشيخ والشارح وابن عبدوس في «تذكرته» وغيرهم، قال في «الرعاية الكبرى»: صح في الأصح. قال في «القواعد الأصولية»: الصحيحُ الصحةُ، وقدمه في «الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، و«المغني»، و«شرح ابن رزين»، و«الخلاصة»، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يصح.

الحاشية . . . .

(١) ٧/ ١٩٧.
(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٦٩.
(٣) ٧/ ٢٣١.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٦٣.
(٥) ٣/ ٣٢٤.

الفروع وكذا (١ توكيلُهُ في شراء عبدٍ من سيده غير نفسه١) (م٥).

(١وفي «المغني»(٢). ولا يتوكل مكاتَبٌ بلا جعل إلا بإذن، ويصح أن يتوكلَ١) واجد للطَّول في قبول نكاح أمة لمباح له، وغنيٌّ لفقير في قبول زكاة؛ لأن سلبهما القدرة تنزيهاً، ويوكل مفلس ويتوكل فيما يصح منه، ويوكل مكاتَبٌ، ويعتبر تعيينُ الوكيل، قاله القاضي وأصحابه (٣في مسألة: تصدق بالدين الذي عليك٣). وفي «الانتصار»: لو وكل زيداً وهو لا يعرفه أو لم يعرف موكلَه، لم يصح.

وتصح بكل قول يفيد الإذن*. نص عليه، ونقل جعفر: إذا قال: بع هذا، ليس بشيء، حتى يقول: قد وكلتك، وتأوله القاضي على التأكيد؛ لنصه على انعقاد البيع باللفظ والمعاطاة، كذا الوكالةُ، وقال ابن عقيل: هذا دأبُ

التصحيح **مسألة ـ ٥**: وقوله: (وكذا توكيلُه في شراء عبدٍ من سيده غير نفسه) انتهى. قال في «الرعاية الكبرى»: احتمل وجهين:

إحداهما: يصح، وهو الصحيحُ، جزم به في «الكافي»(٤)، وغيره، وقدمه في «المغني»(٥)، وغيره، ونصره، قال في «الوجيز»: ومن وكل عبدَ غيره بإذن سيده، صح، فظاهرُه: دخولُ هذه المسألة، وهو ظاهرُ بحث(٦) الشارح.

والرواية الثانية: لا يصح، قدمه ابن رزين.

الحاشية *** قوله: (وتصح بكل قول يفيد الإذن).**

أي: الوكالة.

(١ـ١) ليست في (ر).

(٢) ٧/ ١٩٨.

(٣ ـ ٣) ليست في الأصل و(ر).

(٤) ٣/ ٣٢٤.

(٥) ٧/ ٢٣١ ـ ٢٣٢.

(٦) في (ط): «بحسب».

الفروع

شيخنا أن يحمل نادر كلام أحمد رضي الله عنه، على أظهره، ويصرفه عن ظاهره، والواجب أن يقال: كلٌّ لفظٍ روايةٌ*، ونصحح الصحيحَ*. قال الأزجي/ : ينبغي أن يعولَ في المذهب على هذا؛ لئلا يصير المذهبُ روايةً واحدةً. ٤١/٢

ودل كلامُ القاضي على انعقادها بفعل دالٍّ، كبيع، وهو ظاهرُ كلام الشيخ فيمن دفع ثوبه إلى قصار أو خياط وهو أظهر، كالقبول، مؤقتةً ومعلقةً بشرط*. نص عليه، كوصية، وإباحة أكل، وقضاء، وإمارة، وكتعليق تصرف.

وفي «عيون المسائل» في تعليق وقف بشرط: لا يصح تعليقُ توكيلٍ؛ لأنه علقه بصفةٍ، وأنه يصح تعليقُ تصرف، وقيل: لا تعليقُ فسخها فوراً وتراخياً* بقول، والأصح: وفعل دالٌّ فيما لا تدخله نيابةٌ، كظهار، ولعان، ويمين،

التصحيح

....

الحاشية

*** قوله: (والواجب أن يقالَ: كل لفظ رواية)**

تقدم في الخطبة[1] حمل كلام أحمد بعضه على بعض إذا أمكن الجمعُ، والأصح: ولو بحمل مطلقٍ على مقيدٍ، وعامٍّ على خاصٍّ، فيكون كلامُ ابن عقيل مخالفَ الأصح.

*** قوله: (ونصحح الصحيح)**

هو من تتمة كلام ابن عقيل.

*** قوله: (مؤقتة ومعلقة بشرط).**

أي: تصح الوكالةُ مؤقتةً ومعلقةً.

*** قوله: (وقبولها فوراً وتراخياً).**

أي: ويصح قبولُها فوراً وتراخياً.

---

(١) ١/٤٠.

الفروع

وشهادة، وعبادة بدنية محضة، ومعصية، ويصح: أخرج زكاة مالي من مالك.

وهي عقدٌ جائزٌ، كشركةٍ وجعالة، تبطل بفسخ أحدهما، فإن كان قال: كلما عزلتك، فقد وكلتك، انعزل بكلما وكلتك، فقد عزلتك، فقط*، وهي الوكالة الدورية، وهو فسخٌ معلق بشرط، وبموته وحجر سفه وجنون، وفيه وجهٌ، وإقراره على موكله بقبض ما وكل فيه، ولو كان وكيلاً في خصومة، وكذا شركة ومضاربة.

ولا تبطل وكالةٌ بإغماء وطلاق، ولا بسكر، فإن فسق به، بطلت فيما ينافيه، وحرية عبد غيره.

وفي جحدها من أحدهما، وقيل: عمداً، وبيع عبده وحريته، وبيع

التصحيح ....

الحاشية

* **قوله: (فإن قال: كلما عزلتُك، فقد وكلتك، انعزل بكلما وكلتُك، فقد عزلتك فقط).**

وهي الوكالة الدوريةُ. قال في «الرعاية»: ومن قال لزيد: وكلتك في كذا وكلما عزلتك أو انعزلت، فقد وكلتك، أو فأنت وكيلي، صح. فإن قال: عزلتك وكلما عدت وكيلي، أو كلما وكلتك، فقد عزلتك، أو فأنت معزولٌ، انعزلَ، وإلاّ فلا. وقال في «التلخيص»: الوكالةُ الدوريةُ تصح على أصلنا في صحة التعليق، وصورتُها أن يقولَ: كلما عزلتك، فأنت وكيلي. وطريقه في العزل أن يقول: كلما عدت وكيلي، فقد عزلتك، ليتقاوما في الدور، ويبقى الأصلُ، وهو المنعُ.

وقال الشيخ زين الدين ابن رجب في «قواعده»: في التاسعة عشر بعد المئة: ومنها تعليقُ فسخِ الوكالةِ على وجودها، وتعليقُ الوكالة على فسخها، كالوكالة الدورية، وذكر كلام «التلخيص» في أن قياس المذهب صحةُ ذلك، ثم قال: وقال الشيخ تقي الدين: لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى أن تصيرَ العقودُ الجائزةُ لازمةً، وذلك تغييرٌ لقاعدة الشرع، وليس مقصودُ المعلق إيقاع الفسخِ، وإنما قصدُه الامتناعُ من التوكيل وحله قبل وقوعه، والعقودُ لا تفسخ قبل انعقادها.

الفروع

عبد غيره وتعدي وكيل، كلبس ثوب، وجهان(م٦، ١٠).

التصحيح

مسألة ـ ٦ ـ ١٠: قوله: (وفي جحدها من أحدهما، وقيل: عمداً، وبيع عبده وحريته، وبيع عبد غيره، وتعدي وكيل، كلبس ثوبه، وجهان). انتهى. اشتمل كلامُه على مسائل أطلق فيها الخلاف:

المسألة الأولى ـ ٦: لو جحد الموكلُ أو الوكيلُ، الوكالة[1] فهل هو عزلٌ أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المحرر»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: تبطل الوكالةُ، اختاره ابن عبدوس فيما إذا جحد التوكيلَ.

والوجه الثاني: لا تبطل، جزم به في «الوجيز»، وهو ظاهرُ ما قطع به في «التلخيص»، وقيل: تبطل إن تعمد الجحدَ، وإلا فلا، وهو قوي، وعند المصنف أن الخلافَ المطلَق جار فيه وفي غيره، وهذا القول طريقة.

المسألة الثانية ـ ٧: لو وكل عبدَه ثم أعتقه، فهل تبطل الوكالةُ أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«المقنع»[2]، و«الهادي»، و«النظم»، و«الرعاية الصغرى»و «الحاويين»و «شرح ابن مُنجَّا» وغيرهم:

أحدهما: لا تبطل، وهو الصحيحُ، صححه في «المغني»[3]، و«الشرح»[4]، و«التصحيح»، وغيرهم، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الكافي» و«شرح ابن رزين»، و«الفائق» وغيرهم.

والوجه الثاني: تبطل، قدمه في «الرعاية الكبرى».

المسألة الثالثة ـ ٨: لو وكل عبدَه ثم باعه، فالحكمُ فيها كالتي قبلها خلافاً ومذهباً،

الحاشية ....

(١) ليست في (ط).
(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٧٢.
(٣) ٧/ ٢٣٦ ـ ٢٣٧.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٧٣.

الفروع ....

التصحيح قاله الشيخ الموفق والشارح والمصنف وغيرهم. قلت: يتوجه أن تبطلَ فيما إذا باعه دون ما إذا أعتقه، وقال في «الرعاية الكبرى»: قلت: أو وهبه أو كاتبه، يعني: أنه كبيعه، وقدم البطلان هنا، كما قدمه في التي قبلها.

المسألة الرابعة ـ ٩: لو وكل عبدَ غيرِه، فباعه سيدُه، فهل تبطل الوكالةُ أم لا؟ أطلق الخلاف، والحكمُ فيها كالحكم في بيع عبدِه بعد توكيله، خلافاً ومذهباً، قاله الشيخ أيضاً والشارح والمصنف وغيرهم.

(١ **فائدة**: لو وكل عبدَ غيره بإذن سيده ثم عتق، لم ينعزل. قاله في «الرعاية الكبرى»، وجزم به في «المغني»[(٢)] وغيره. قلت: يتوجه البطلانُ. ولم يذكر المصنف هذه المسألة١).

المسألة الخامسة ـ ١٠: لو تعدى الوكيلُ، فلبس الثوبَ ونحوه، فهل تبطل الوكالةُ، وينعزل أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المحرر» و«الرعاية الكبرى» و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا تبطل بذلك، وهو الصحيحُ، جزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[(٢)]، و«الكافي»[(٣)]، و«المقنع»[(٤)]، و«التلخيص»، و«الشرح»[(٤)]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«ابن رزين»، و«الوجيز» وغيرهم، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته» قال في القاعدة الخامسة والأربعين: والمشهورُ أنها لا تنفسخ، قال في «الرعاية الصغرى»: نفذ تصرفُه في الأصح. انتهى. وذلك لأن الوكالةَ إذنٌ في التصرف مع الاستئمان، فإذا زال أحدُهما، لم يزل الآخر.

والوجه الثاني: تبطل الوكالةُ، حكاه ابن عقيل في «نظرياته» وغيره، وجزم به

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في (ط).

(٢) ٧/ ٢٣٦ ـ ٢٣٧.

(٣) ٣/ ٣٢٢.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٦٧.

الفروع وبالردة فيه الخلافُ، وكذا توكيلُه(☆)(م١١، ١٤). وإن لم تبطل بتعديه،

التصحيح القاضي في «خلافه» وقال في «المستوعب» ومن تابعه: أطلق أبو الخطاب القولَ بأنها لا تبطل بتعدي الوكيل فيما وكل فيه، وهذا فيه تفصيلٌ، وملخصه: أنه إن أتلف بتعديه (١عين ما١) وكل فيه، بطلت الوكالةُ، وإن كان (١عين ما١) تعدى فيه باقية، لم تبطل. انتهى. وهو ظاهرُ كلام الشيخ في «المغني»[٢]، والشارح، و«المصنف»، وغيرهم. قلت: وهو مرادُ أبي الخطاب وغيره، والذي يظهر: أن هذا محلُّ وفاقٍ، وقال في القاعدة الخامسة والأربعين: وظاهرُ كلام كثير من الأصحاب: أن المخالفةَ من الوكيل تقتضي فسادَ الوكالة لا بطلانها، فيفسد العقدُ ويصير متصرفاً بمجرد الإذن. انتهى.

مسألة ـ ١١ ـ ١٤: قوله: (وبالردة فيه الخلافُ، وكذا توكيلُه) انتهى. اشتمل كلامه على أربع مسائل:

المسألة الأولى ـ ١١: هل تبطل الوكالةُ بردة الوكيل أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الهداية»، و«المذهب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[٣]، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا تبطل، وهو الصحيح، صححه في «المغني»[٤]، و«الشرح»[٣]، و«التصحيح»، وغيرهم، وجزم به في «الكافي»[٥]، و«الوجيز»، وغيرهما، قال في «الفصول» و«المستوعب» و«التلخيص» وغيرهم: لا تبطل الوكالةُ بردة الوكيل وإن لحق بدار الحرب، وقدمه ابن رزين.

والوجه الثاني: تبطل.

المسألة الثانية ـ ١٢: هل تبطل بردَّة الموكلِ أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه من

الحاشية ....

(١ ـ ١) في (ط): «عما».
(٢) ٧/ ٢٣٦.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣١/ ٤٧٢.
(٤) ٧/ ٢٣٧.
(٥) ٣/ ٣٢٢.

الفروع صار ضامناً، فإذا تصرف كما قال موكله، برئ بقبضه العوضَ، فإن ردَّ بعيب، صار مضموناً.

التصحيح تقدم في المسألة التي قبلها:

أحدهما: تبطل. وهو الصحيحُ، قال في «الفصول»، و«المستوعب»و «التلخيص»، وغيرهم: هل ينعزل الوكيلُ بردَّة الموكل؟ على وجهين، أصلهما: هل ينقطع ملكُه وتصرفُه، أو يكون موقوفاً؟ انتهى. قال في «المغني»[١]، و«الشرح»[٢]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم: لو ارتدَّ الموكلُ، لم تبطل الوكالةُ فيما له التصرفُ فيه، فأما الوكيلُ في ماله، فينبني على تصرف نفسه، فإن قلنا: يصح تصرفُه، لم يبطل توكيلُه، [٣]وإن قلنا: هو موقوفٌ، فوكالتُه موقوفةٌ، وإن قلنا: يبطل تصرفُه، بطل توكيلُه[٣] / . انتهى. ١٣٩

والوجه الثاني: لا يبطل؛ بناء على صحة تصرف الموكل بعد ردَّته، والصحيحُ من المذهب منعُه من التصرف.

المسألة الثالثة ـ ١٣: لو وكله ثم ارتدَّا معاً، فهل تبطل أم لا؟ أطلق الخلاف. واعلم: أن كلاً منهما يعطى حكمه لو انفرد بالردة[٤] كما تقدم.

المسألة الرابعة ـ ١٤: توكيله في ردَّته، هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، هذا ظاهرُ عبارته، فعلى هذا: يكون الخلافُ فيه مبنياً على صحة تصرفِه حالَ ردَّتِه وعدمها، قال في «المغني»[١]، و«الشرح»[٢]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم بعد[٥] أن حكوا الخلافَ في ارتداد الموكل[٥] كما تقدم: وإن وكل في حال ردَّتِه، ففيه الوجوه الثلاثة. انتهى. والصحيحُ من المذهب أنه لا يصح.

(✩) **تنبيه**: يحتمل أن يكونَ مرادُه بقوله: (وبالردة فيه الخلافُ، وكذا توكيلُه)

الحاشية ....

---

(١) ٧/ ٢٣٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٧٣.

(٣ـ٣) ليست في (ط).

(٤) في (ط): «بالارتداد».

(٥) ليست في (ط).

الفروع

ويبطل بتلف العين، ودفعه عوضاً لم يؤمر به، واقتراضه كتلفه، ولو عزل، عوضه، وهل ينعزل قبل علمه بعزله؟ اختاره الأكثرُ، وذكر شيخنا: أنه أشهرُ، أم لا يصح؟ فيه روايتان(م١٥). وينبني عليهما تضمينُه. وقال: شيخنا:

التصحيح

الخلافَ الذي تقدم قريباً في كلامه، وأطلقه، وهو ظاهرُ عبارته، لكن يشكل على هذا كونُ الأصحاب جعلوا المسألةَ الثانيةَ والثالثةَ مبنيتان على تصرف المرتدِّ، والمذهبُ أنه ممنوع منه[1]، قدمه المصنفُ وغيرُه في بابه. واختاره الشيخ الموفق وغيره، وقال ابن مُنَجَّا: إنه المذهبُ الوقف، فحينئذ يبقى في إطلاقه الخلافَ نظرٌ ظاهر؛ لكونه قدم في باب المرتدِّ منعَه من التصرف، وأطلق الخلافَ هنا، ويحتمل أن يريدَ بقوله: (الخلاف)، الخلافَ الذي في تصرف المرتدِّ، وهو الصوابُ، ويقويه كلامُه في «المغني»[2] وغيره، لما ذكروا ذلك وأحالوه على صحة تصرفه وعدمها، وأيضاً لو أراد الخلاف الذي قبله، لقال: وكذا الردَّةُ وتوكيلُه، لكن يردُّ على هذه المسألةُ الأولى، فإنها ليست مبنيةً على ذلك، فيما يظهر؛ لأنهم لم يذكروها، أو يقال: هي داخلةٌ في ذلك؛ لأنه إذا كان ممنوعاً من التصرف في ماله، فغيرُه بطريق أولى، فعلى ما اخترناه: إنما قصد حكايةَ الخلاف وإحالةَ الصحيح على الأصل، كما هي عادتُه، [3]لا أنه[3] قصدَ إطلاقَ الخلاف، وهذا أيضاً صحيحٌ، والله أعلم.

مسألة ـ ١٥: قوله: (وهل ينعزل قبل علمه بعزله؟ اختاره الأكثرُ، وذكر شيخنا أنه أشهر، أم لا يصح[4]؟ فيه روايتان). انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المستوعب»، و«المغني»[5]، و«الكافي»[6]، و«المقنع»[7]، و«التلخيص»، و«المحرر»، و«الشرح»[7]،

الحاشية

....

(١) ليست في (ط).
(٢) ٧/ ٢٣٧.
(٣ـ٣) في النسخ الخطية: «لأنه».
(٤) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).
(٥) ٧/ ٢٣٨ ـ ٢٣٩.
(٦) ٣/ ٣٢١.
(٧) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٧٧ ـ ٤٧٨.

الفروع لا يضمن؛ لأنه لم يفرط، وقال في تضمين مشترٍ لم يعلم الأجرة* نزاعٌ في مذهب أحمد، رضي الله عنه. واختار أنه لا يضمن، وإذا ضمن، رجع على الغار في ظاهر مذهبه، وذكر وجهاً: ينعزل بالموت لا بالعزل (وهـ م) قال شيخنا: لو باع أو تصرف فادعى أنه عزله قبله، لم يقبل، فلو أقام به بينةً ببلد آخر، وحكم به حاكمٌ، فإن لم ينعزل قبل العلم، صح تصرفُه، وإلا كان حكماً على الغائب.

ولو حكم قبل هذا الحكم بالصحة حاكمٌ لا يرى عزلَه قبل العلم، فإن كان قد بلغه ذلك، نفذ والحكمُ الناقض له مردود، وإلا وجوده كعدمه*،

التصحيح و«الرعاية الكبرى»، و«الفائق»، و«شرح ابن رزين»، و«شرح المجد»، و«شرح المحرر»، وغيرهم.

إحداهما: ينعزل، وهو الصحيحُ، وهو ظاهرُ كلام الخرقي، قال في «المذهب»، و«مسبوك الذهب»: انعزل في أصح الروايتين، وصححه في «الخلاصة»، واختاره أبو الخطاب والشريف وابن عقيل وغيرهم. قال المصنف هنا: (اختاره الأكثر) قال القاضي: هذا أشبه بأصول المذهب، وقياسٌ لقولنا: إذا كان الخيارُ لهما، كان لأحدهما الفسخُ من غير حضور الآخر، وجزم به في «الوجيز»، و«المنور»، و«نهاية ابن رزين»، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا ينعزل، نص عليها في رواية ابن منصور وجعفر بن محمد وأبي الحارث، وصححه في «النظم»، وقدمه في «الرعاية الصغرى»و «الحاويين». قلت: وهو الصواب، وقال القاضي: محلُّ الروايتين فيما إذا كان الموكل فيه باقياً في ملك الموكل، أما إن أخرجه عن ملكه بعتق أو بيع، انفسخت الوكالةُ، وجزم به. قلت: وهو قوي.

الحاشية *** قوله: (وفي تضمين مشترٍ لم يعلم الأجرة).**

(الأجرةُ) معمول (تضمين) التقدير: وفي تضمين مشترٍ الأجرة إذا لم يعلم نزاع، أي: إذا لم يعلم أن الوكيلَ انعزل قبل شرائه منه.

*** قوله: (وإلاّ وجوده كعدمه).**

يحتمل أن يكونَ التقديرُ: وإلاّ، إن كان يرى عزله قبل العلم، فوجوده كعدمه.

الفروع

والحاكمُ الثاني إذا لم يعلم بأن العزل قبل العلم، أو علم ولم يره، أو رآه ولم ير نقض الحكمِ المتقدم، فحكمُه كعدمه.

وقبضُ الثمن من وكيله دليلُ بقاء وكالته، وأنه قولُ أكثر العلماء، ويتوجه خلافٌ، ولا ينعزل مودعٌ قبل علمه، خلافاً لأبي الخطاب، فما بيده أمانة، وأن مثلَه مضارب. ومن قيل له: اشتر كذا بيننا[1]، فقال: نعم، ثم قال لآخر: نعم، فقد عزل نفسه*، فيكون له وللثاني، ويبطل في طلاق زوجته بوطئه على الأصح، وفيه بقُبْلَةٍ خلاف، كرجعة، وعتق عبد بتدبيره* وكتابته ودلالة رجوعه (☆). ....

التصحيح

تنبيهات:

(☆) **الأول**: قوله: (ويبطل في طلاق زوجته بوطئه، على الأصح، وفيه بقُبْلة خلافٌ، كرجعة. وعتقِ عبد بتدبيره وكتابته ودلالة[2] رجوعه). انتهى. أحال المصنفُ الخلاف في القبلة في إبطال الوكالة على الخلاف في القبلة في حصول الرجعة بها، والصحيحُ من المذهب عدمُ حصول الرجعة بها، فكذا الصحيحُ من المذهب لا تبطل الوكالةُ في طلاقها بتقبيلها، والذي يظهر أن قوله: (وعتق عبد بتدبيره) إلى آخره معطوف على قوله: [3] في طلاق زوجته من قوله: (ويبطل طلاقُ زوجته بوطئه على الأصح) لا على قوله[3]: (كرجعة) إذ الصحيحُ من المذهب بطلانُ الوكالة في العتق بالتدبير والكتابة،

الحاشية

* **قوله: (ثم قال لآخر: نعم فقد عزل نفسه)**

أي: عزل نفسَه في وكالة الأول.

* **قوله: (وعتق عبد بتدبيره).**

أي: ويبطل التوكيلُ في عتق عبد بتدبيره.

---

(١) في (ط): «بيتاً».

(٢) في (ط): «كفالة».

(٣ـ٣) ليست في (ط).

الفروع لا ببيعه فاسداً، أو سكناه*، وله التوكيلُ إن جعله له، وعنه: مطلقاً، كما لا يباشره مثلُه، أو يعجز عنه*.

وقيل: في زائد عن عمله، أو قيل له: اصنع أو تصرف كيف شئت، وفيه وجهٌ، ولعل ظاهرَ ما سبق: يستنيب نائبٌ في الحج لمرض (هـ ش) ويتعين أمين* إلا مع تعيين موكل، وإن منعه فلا، وكذا حاكم ووصيٌّ ومضارب ووليٌّ في نكاح غير مجبر(☆)، وقيل: يجوز* ووكل عنك وكيلَ وكيله،

التصحيح وكذلك دلالة الحال على رجوعه، وتقديره: وتبطل الوكالةُ في طلاق زوجته بوطئه، وعتقِ عبده بتدبيره، يعني: تبطل الوكالةُ في عتقِ عبده بتدبيره على الأصح، كالوطء، والله أعلم.

(☆) **الثاني**: قول المصنف هنا: (وله التوكيلُ إن جعله له، وعنه: مطلقاً، ثم قوله: (وكذا حاكمٌ ووصيٌّ ومضاربٌ ووليٌّ في نكاح[1] غير مجبر). انتهى. ظاهرُ ما قدمه أن

الحاشية * **قوله: (لا يبيعه فاسداً أو سكناه).**

أي: إذا وكل في شيء ثم باعه بيعاً فاسداً، أو وكل في بيع بيتٍ ثم سكنه، لم يبطل التوكيل.

* **قوله: (أو يعجز عنه):**

إذا كان يعجز عنه له أن يوكل لكن، هل يوكل في الجميع أو في القدر الزائد الذي يعجز عنه، فيه قولان؛ لقوله: (وقيل: في زائد).

* **قوله: (ويتعين أمينٌ).**

أي: يتعين أن يكونَ الوكيلُ الذي يوكله الأول أميناً؛ إلاّ إذا عينه الموكلُ.

١٥٧ * **قوله: (وإن منعه، فلا، وكذا/ حاكمٌ ووصيٌّ ومضاربٌ، ووليٌّ في نكاح غير مجبر، وقيل: يجوز).**

أي: للحاكم ولمن ذكر بعده التوكيلُ وإن لم يجعل ذلك إليهم، وإن منعَ ذلك في الوكيل، وهذه

(١) بعدها في النسخ الخطية و(ط): «في».

الفروع

وقيل: ووكِّل عني، وإن أطلق، فوجهان (م١٦)، والأصح: له عزلُ وكيل وكيله.

التصحيح

الوليَّ غير المجبرِ لا يوكل إلا بإذن، وقد قال في أركان النكاح[1]: (ووكيلُه كهو، وقيل: لا يوكل غيرُ مجبرٍ بلا إذن إلا حاكم). انتهى. فقدم هناك أن له الوكالةَ إذا كان غيرَ مجبرٍ من غير إذن، فحصل التناقضُ، والمعتمدُ على ما قاله في باب أركان النكاح، وهو المذهبُ، وعليه أكثرُ الأصحاب، وقد حررت ذلك في «الإنصاف»[2].

(☆) **الثالث**: قوله: (ووليٌّ في نكاح في غير مجبر) الأحسن في العبارة أن يقولَ: ووليٌّ غيرُ مجبرٍ في نكاح، فالظاهر: أن في كلامه تقديماً وتأخيراً وزيادةً.

مسألة ـ ١٦: قوله: (ووكل عنك وكيلَ وكيله، وقيل: ووكل عني، وإن أطلق ذلك، فوجهان). انتهى. يعني: إذا قال: وكل، ولم يقل: عنك، ولا: عني، فهل يكون وكيلَ الموكل أو وكيلَ الوكيل؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «التلخيص»، و«الرعاية»:

أحدهما: يكون وكيلاً للموكل، وهو الصحيحُ، جزم به في «المغني»[3]، و«الكافي»[4]، و«الشرح»[5]، و«شرح ابن رزين»، و«قواعد ابن رجب» في القاعدة الحادية والستين، وهو الصوابُ.

الحاشية

الطريقة هي المقدمة في «المحرر»، واختاره الشيخ في الولي في النكاح، وقدم المصنف في شروط النكاح ما اختاره الشيخ عكس ما قدمه هنا، قال شارح «المحرر»: فأمّا الحاكم والوصي، فلهم التوكيلُ فيما يلونه رواية واحدة؛ لأنهم يتصرفون بالولاية المطلقة؛ ولذلك يتصرف الوصي فيما لم ينص الموصي على التعرف فيه. وكذلك المضاربُ؛ لأن له أن يفعلَ مصلحةَ المال، وربما كان ذلك أصلح؛ لأنه قد يكون الوكيلُ أقوى منه على العمل وأعرف منه. وكذلك الوليُّ غير المجبر، لأن ولايته بالشرع، فله أن يفعلَ ذلك بنفسه وبوكيله، كالمجبر.

(١) ٨/ ١٩٢ .
(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠/ ٢٠٣ـ ٢٠٤.
(٣) ٧/ ٢٠٩ـ٢١٠.
(٤) ٣/ ٣٢١.
(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٦١.

الفروع

وكذا: أوص إلى من يكون وصيًّا لي. وذكر الأزجي احتمالاً: لا يصح؛ لعدم إذن الموصي حين إمضاء الوصية، ولا يوصي الوكيلُ مطلقاً، على ما في «التعليق»، و«المغني»(١)، وغيرهما، وإن استناب حاكم من غير أهل مذهبه، إن كان لكونه أرجحَ، فقد أحسن، وإلا لم تصح الاستنابةُ، ذكره شيخنا رضي الله عنه.

ويتوجه: أنه يجوز الاستنابةُ إذا لم يمنع إن جاز له الحكمُ، وهو مبني على تقليد غير إمامه، وإلا انبنى على أنه هل يستنيب فيما لا يملكه*، كتوكيل(٢) مسلم ذميًّا في شراء خمر، وأنه نائب المستنيب أو الأول؟.

التصحيح

والوجه الثاني: يكون وكيلاً للوكيل. قلت: وهو بعيد.

الحاشية

* **قوله: (وإن استناب حاكمٌ من غير أهل مذهبه إن كان لكونه أرجح، فقد أحسن، وإلاّ لم تصح الاستنابةُ، ذكره شيخنا. ويتوجه: أنه يجوز الاستنابةُ إذا لم يمنع إن جاز له الحكمُ، وهو مبنيٌّ على تقليد غير إمامِهِ، وإلاّ انبنى على أنه هل يستنيب فيما لا يملكه) إلى آخره؟**

قال في «الرعاية» في كتاب القضاء: ويجوز لكلِّ ذي مذهبٍ أن يوليَ من غير مذهبِهِ، وكذلك جزم به القاضي في «الأحكام السلطانية»، فإنه قال في أواخر الكراس الثالث: فصل: وأما ولايةُ القضاء: ويجوز لمن يعتقد مذهبَ أحمد أن يقلدَ القضاءَ من يعتقد مذهبَ الشافعي؛ لأنَّ على القاضي أن يجتهدَ رأيه في قضاء، ولا يلزمه أن يقلدَ في النوازل والأحكام من اعتزى إلى مذهبِهِ، وإذا نفذ قضاؤُه بحكم ثم تجدد مثله من بعد، أعاد الاجتهادَ فيه وإن خالف ما تقدم؛ لأن عمر رضي الله عنه قضى في المشركة بالتشريك في عام، وترك التشريكَ في غيره، فقيل له: ما هكذا حكمت في العام الماضي، فقال: تلك على ما قضينا، وهذه على ما قضينا(٣).

---

(١) ٧/٢٠٩ - ٢١٠.

(٢) في الأصل: «كتو لي».

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» ٦/٢٥٥.

الفروع

ويجوز التوكيلُ في الخصومة، يروى عن علي[١]، نقله حرب، وليس لوكيل في[٢] خصومة قبض ولا إقرارٌ على موكله مطلقاً نص عليه، كإقراره عليه بقود وقذف، وكالولي؛ ولهذا لا يصح منهما يمينٌ، وإن أذن له، ففيه منع وتسليم[م١٧]. وله إثباتُ وكالته مع غيبة موكله، في الأصح، وإن قال:

التصحيح

مسألة ـ ١٧: قوله: (وليس لوكيل في خصومة قبضٌ ولا إقرارٌ على موكله مطلقاً، نص عليه، كإقراره عليه بقود وقذف، وكالولي؛ ولهذا لا يصح منهما[٣] يمين، وإن أذن له، ففيه منعٌ وتسليمٌ). انتهى. ليس هذا المنعُ والتسليمُ عائداً إلى الإقرار على الموكل إذا

الحاشية

وإن كان المولى على مذهب، شرط على من ولاه القضاءَ أن لا يحكمَ إلاّ بمذهبه، فهذا شرطٌ باطلٌ: هل تبطل الولايةُ، نظرت؛ فإن لم يجعل شرطاً فيها لكن أخرجه مخرجَ الأمر والنهي؛ بأن يقول: قد قلدتك القضاءَ، فاحكم بمذهب أحمد، على وجه الأمر، ولا تحكم بمذهب أبي حنيفة على وجه النهي فالولايةُ صحيحةٌ والشرط فاسدٌ. وإن أخرجه مخرجَ الشرط في عقد الولاية، فقال: قد قلدتك القضاء على أن لا تحكم إلاّ بمذهب أحمد، فهذا عقدٌ شرط فيه شرطٌ فاسدٌ، فهل يبطل العقدُ؟ على روايتين، بناءً على البيع إذا قارنه شرطٌ فاسدٌ، فإن كان الشرطُ خاصّاً في حكم بعينه، نظرت أيضاً؛ فإن لم يخرجه مخرج الشرط، لكن أخرجه مخرج الأمر، فقال: أقد من العبد بالحرِّ، ومن المسلم بالكافر، فالشرطُ باطلٌ والعقدُ صحيحٌ، وإن جعله شرطاً، فهل يبطلُ العقدُ؟ على الروايتين، وإن كان نهياً؛ بأن نهى عن الحكم في قتل المسلم بالكافر، والحرِّ بالعبد، وأن لا يقضي فيه بوجوب قودٍ ولا بإسقاطه، جاز؛ لأنه اقتصر في ولايته على ما عداه. وإن لم ينهَ عن الحكم فيه، ونهاه عن القضاء بالقصاص، احتمل أن يكونَ صرفاً عن الحكم، فلا يحكم فيه بإثبات قود ولا بإسقاطه، ويحتمل أن لا يقتضي الصرف، ويجري عليه حكمُ الأمر به، فيبطل حكمُ الأمر، ويثبت صحةُ النظر إذا لم يجعله شرطاً في التقليد، ويحكم بما يؤديه اجتهادُه إليه.

(١) أخرج البيهقي في «السنن الكبرى» ٦/ ٨١، عن عبد الله بن جعفر قال: كان علي بن أبي طالب، رضي الله عنه يكره الخصومة، فكان إذا كانت خصومة، وكل فيه عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عقيل، وكلني.

(٢) ليست في (ط).

(٣) في (ط): «فيهما».

الفروع أجب خصمي عني، احتمل كخصومة، واحتمل بطلانها(م١٨). ولا يصح ممن علم ظلم موكله في الخصومة، قاله في «الفنون».

فظاهره: يصح إذا لم يعلم، فلو ظن ظلمَه، جاز، ويتوجه المنعُ، ومع الشك يتوجه: احتمالان، ولعل الجوازَ أولى، كالظن، فإن الجوازَ فيه ظاهرٌ، وإن لم يجز الحكمُ مع الريبة في البينة، وقال القاضي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا﴾ [النساء: ١٠٥] يدل على أنه لا يجوز لأحد أن يخاصم عن غيره في إثبات حقٍّ أو نفيه، وهو غيرُ عالم بحقيقة أمره. وكذا في «المغني»[١]، في الصلح عن المنكر: يشترط أن يعلم صدق المدعي، فلا تحل دعوى مالا يعلم ثبوتَه*[٢].

التصحيح أذن له؛ لأن المسألةَ ذكرها المصنفُ وتكلمنا عليها على ما يأتي[٣]. والظاهرُ: أنه أراد اليمين إذا أذن له فيها، ولكن المذهبَ وعليه الأصحاب أنه لا يصح التوكيلُ في اليمين، وقطع به المصنف وغيره.

مسألة ـ ١٨: قوله: (وإن قال: أجب خصمي عني، احتمل) أنها (كخصومة،

الحاشية *** قوله: (ولا يصح ممن علم ظلمَ موكله في الخصومة قاله في «الفنون» فظاهره: يصح إذا لم يعلم، فلو ظن ظلمَه، جاز، ويتوجه المنعُ. ومع الشك، يتوجه: احتمالان، ولعل الجوازَ أولى، كالظنّ، فإن الجوازَ فيه ظاهرٌ، وإن لم يجز الحكمُ مع الريبة في البيِّنة. وقال القاضي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا﴾ [النساء: ١٠٥] يدل على أنه لا يجوز لأحد أن يخاصمَ عن غيره، في إثبات حقٍّ أو نفيه، وهو غيرُ عالمٍ بحقيقة أمرِهِ. وكذا في «المغني» في الصلح عن المنكر: يشترط أن يعلم صدقَ المدعِي، فلا تحل دعوى ما لا[٤] يعلم ثبوتَه).**

قد يقال في هذه المسألة: إنها كمسألة الدفتر، وهي ما إذا وجد بخط أبيه أن له على أحدٍ شيئاً، أنه

---

(١) ٩/٧.

(٢) بعدها في (ب): «وإن وكل اثنين، لم ينفرد واحد بلا إذن، وقيل: إن وكلهما في خصومة، انفرد؛ للعرف. (وه).

(٣) ص ٦٣ .

(٤) كذا في النسخ الخطية، والمثبت من «الفروع».

الفروع

وجزم ابن البناء في «تعليقه» أنه وكيلٌ في القبض؛ (١لأنه مأمورٌ بقطع الخصومة، ولا تنقطع إلا به، وإن وكله في القبض١) ففي خصومةٍ وجهان(م١٩). وفي «الوسيلة»: لا يجوز إقرارُ الوكيل على موكله بحالٍ، نص

التصحيح

واحتمل بطلانُها). انتهى. قلت: الصوابُ في ذلك الرجوعُ إلى القرائن، فإن دلت على شيء، كان، وإلا، فهي إلى الخصومة أقرب.

مسألة ـ ١٩: قوله: (وإن وكله في القبض ففي خصومة وجهان) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[٢]، و«الكافي»[٣]، و«المقنع»[٤]، و«المحرر»، و«شرحه»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: يكون وكيلاً في الخصومة، وهو الصحيحُ، جزم به في «الوجيز» وغيره، وصححه في «التصحيح»، و«تصحيح المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«النظم»، وغيرهم، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، وغيرهم، وإليه ميلُ صاحب «المغني»[٢]، و«الشرح»[٤].

والوجه الثاني: لا يكون وكيلاً في الخصومة، وقال الشيخ الموفق والشارح: ويحتمل إن كان الموكلُ عالماً بجحد من عليه الحقُّ أو مطله، كان توكيلاً في تثبيته والخصومة فيه، لعلمه بوقوف القبض عليه، وإلا فلا. انتهى. وهو قوي جدّاً، بل هو الصوابُ. ويزاد في ذلك الرجوعُ إلى القرائن والعرفِ، والله أعلم.

الحاشية

يجوز له الحلفُ والأخذُ بخط أبيه، أن له على أحدٍ شيئاً، أنه يجوز له الحلفُ والأخذُ إذا كان يعرف من أبيه الصدقَ، فظاهرُه: أنه لا بد من غلبة الظن، فكذلك يقال هنا: إن كان الموكلُ ممن يعرف بالصدق، اعتمد على قوله، وإن كان يعرف بالكذب، لا يعتمد على قوله، ولعل هذا داخلٌ في كلام المصنف بقوله: (كالظن) يحصل بقول من يعرف بالصدق وإن كان الثاني، وهو الذي

(١ ـ ١) ليست في الأصل.

(٢) ٧/ ٢١١.

(٣) ٣/ ٣١٤.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٥٢٩.

الفروع عليه، ويقبل إقرارُه بعيب فيما باعه، نص عليه، وفي «المنتخب» واختاره الشيخ: لا، فلا يردُّه على موكله، وإن ردَّ بنكوله، ففي ردِّه على موكله وجهان(م٢٠). (١وإن وكل اثنين لم ينفرد واحدٌ بلا إذن، وقيل: إن وكلهما في خصومة، انفرد؛ للعرف١).

فصل

ويقبل إقرارُه بكلِّ تصرفٍ وكل فيه، وعنه: قول موكله في النكاح؛ لاعتبار البينة فيه، اختاره القاضي وغيره، وذكره في «الترغيب» عن أصحابنا

التصحيح **مسألة ـ ٢٠**: قوله: (وإن ردَّ بنكوله، ففي ردِّه على موكله وجهان). انتهى. يعني: إذا باع شيئاً بطريق الوكالة، فادعى عليه بعيبٍ، وقلنا: يقبل إقرارُه، وتوجهت / عليه اليمينُ، ونكل عنها وردَّ عليه؛ لنكوله، فهل يردُّ على الموكل؟ أطلق الخلاف:

١٤٠

أحدهما: يردُّ على موكله. قلت: وهو الصوابُ.

والوجه الثاني: لا يردُّه عليه، بل على الوكيل(٢).

الحاشية يعرف بالكذب، فالذي يقوى أنه لا يعتمد على مجرد قوله جزماً، فإن كان مستورَ الحال، فقد ذكروا في الشفعة: إذا أخبره مستورُ الحال ولم يصدقه، وجهين، وقد ذكر القاضي علاء الدين البعلي في القاعدة الأولى من «قواعده» كلامَ ابن عقيل والقاضي والشيخ، المذكورَ في هذه المسألة، ثم نقل آخرَ القاعدة أن ابنَ عقيل وغيرَه ذكروا أنه لا يجوز الإقدامُ على فعلٍ لا يُعلم جوازُه، وذكر بعضُ المالكية عدمَ الجواز إجماعاً، ثم قال: ويتوجه: يجوز إذا ظنَّ جوازَ الإقدام، فقد يقال: إذا لم يعلم ظلمَه، (٣ولا عدم ظلمه، لا يجوز الإقدامُ عليه؛ لاحتمال أن يكون ظالماً، وقد يقال: إذا لم يعلم ظلمه٣) يكون مما يجوز الإقدامُ عليه، وأن المانعَ من الإقدامِ هو العلمُ بالظلم، فإذا لم يحصل العلمُ بالظلم، يكون من الأفعال التي يجوز الإقدامُ عليها، ويصير كلامُ ابن عقيل يوافق بعضُه بعضاً. وفي الجملة الذي يقوى أنها كمسألة الدفتر، والله أعلم.

(١ ـ ١) ليست في (ب).

(٢) في (ط): «الموكل».

(٣ـ٣) ليست في (د).

الفروع كأصل الوكالة، ويحلف مع تصرف لو باشره، شُرعت اليمينُ فيه، فلا يقبل قولُه في دفع المال إلى غير ربِّه وإطلاقهم: ولا في صرفه في وجوه عينت له من أجرة لزمته، وذكره الأدمي البغدادي، وعلى هذه الرواية: لا يلزم وكيلَه نصفُ مهرٍ إلا بشرط؛ (١لتعلق حقوقِ العقدِ بالموكل، وعنه: يلزمه، كضمان وكيلٍ في الشراء بالثمن. وفرق الشيخ بأنه مقصودُ البائع، والعادةُ تعجيلُه وأخذُه ممن تولى الشراء١). ومثلُه إنكارُ موكله وكالتَه، فلا يحلف. نص عليه. (١ومثلُه الوكيلُ في الاقتراض، ويلزم موكلَه طلاقُها١) في المنصوص، وقيل: إن قال: بعته، أو قال: قبضت ثمنَه، قُبل قولُ موكله، ويعتبر لصحة عقد نكاحٍ فقط تسميةُ موكل، ذكره في «الانتصار»، /و «المنتخب»، ٢/٤٢ و«المغني»[(٢)] (☆).

ولو أنكر موكلُه وكالتَه في بيعٍ، وصدق بائعٌ بها (٣لزم وكيله في ظاهر كلام الشيخ، وظاهرُ كلام غيره، كمهر، أو لا يلزمه٣)؛ لعدم تفريطه هنا بترك البينة، وهو أظهر(م٢١). وليس لوكيل في بيع تقليبُه على مشترٍ إلا بحضرته،

التصحيح (☆) **تنبيه**: قوله: (ويعتبر لصحة عقدِ نكاحٍ فقط تسميه موكلٍ، ذكره في «الانتصار»، و«المنتخب»، و«المغني»)، انتهى. سيأتي في أركان النكاح[(٤)] أن المصنفَ أطلق الخلافَ في هذه المسألة، وعزاه إلى «الترغيب»، ويأتي تحريرها هناك.

مسألة ـ ٢١: قوله: (ولو أنكر موكلُه وكالتَه في بيع، وصدق بائعٌ بها، لزم وكيلَه، في ظاهر كلام الشيخ، وظاهرُ كلام غيره: كمهر، أو لا يلزمه؛ لعدم تفريطه هنا بترك البينة، وهو أظهر). انتهى. قلت: الصوابُ ما قال المصنفُ أنه أظهر.

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في (ب).

(٢) ٧/ ٢١٠.

(٣ ـ ٣) ليست في (ط).

(٤) ٨/ ١٩٢ .

الفروع وإلا ضمن*، ذكره في «النوادر»، ويتوجه: العرفُ، ولا بيعُه ببلد آخرَ في الأصح، فيضمن، ويصح، ومع مؤنة نقل: لا، ذكره في «الانتصار». ولا[1] قبض ثمنه.

وإن تعذر قبضُه، لم يلزمه شيءٌ، كظهور مبيعه مستحقّاً أو معيباً، كحاكم وأمينه. وقال صاحب «المغني»[2]، و«المحرر»: يملكه بقرينة، وقيل: مطلقاً، فلا يسلمه قبله، وكذا وكيلٌ في شراء في قبض مبيع، وإن أخر تسليم ثمنه بلا عذر، ضمنه في المنصوص، وحقوقُ العقد متعلقةٌ بموكل؛ لأنه لا يعتق قريبُ وكيل عليه، وقال الشيخ: إن اشترى وكيلٌ في شراء في الذمة، فكضامن.

وقال شيخنا فيمن وكل في بيع أو شراء أو استئجار: فإن لم يسمِّ موكلَه في العقد، فضامن، وإلا فروايتان، وأنَّ ظاهر المذهب: يضمنه، (وهـ ش) قال: ومثلُه الوكيلُ في الإقراض، وليس له البيعُ من نفسه، ويجوز بإذنه وتولية طرفيه، في الأصح فيهما*، كأب الصغير.

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (وليس لوكيل في بيع تقليبه على مشترٍ إلاّ بحضرته وإلاّ ضمن).

فعلى هذا: لا يعطيه الوكيلُ للمشتري ليقلبه، وهو غائب عن الوكيل، وإنما يقلبه بحضرة الوكيل.

* قوله: (وليس له البيعُ من نفسه، ويجوز بإذنه وتوليةُ طرفيه في الأصحِّ فيهما).

قال في «الرعاية»: ومن وكَّل في بيع شيءٍ، لم يبعه لنفسه ولا لمن تردُّ شهادتُه له، كولده ووالده ومكاتبه، ولا لوكيله، وعنه: له شراؤه وإن[3] زاد على ثمنه المستقصى بالنداء في سوقه، أو وكَّل

---

(١) في الأصل: «وإلا».

(٢) ٧/ ٢٥٢.

(٣) في (ق): «إن».

الفروع وكذا توكيلُه في بيعه، وآخر في شرائه*، ومثلُه نكاح ودعوى. وقال الأزجي في الدعوى: الذي يقع الاعتمادُ عليه: لا يصح؛ للتضاد. وفي ولده ووالده ومكاتبه وجهان(م٢٢). وذكر الأزجي الخلافَ في الإخوة والأقارب،

التصحيح مسألة ـ ٢٢: قوله: (وفي ولده ووالده ومكاتبه وجهان). انتهى. وهما احتمالان مطلقان في «الهداية»، وأطلقهما في «المذهب» و«المستوعب» و«المقنع»[١]، و«التلخيص»، و«المحرر»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاويين»، و«الفائق»، و«شرح ابن مُنجّا» وغيرهم.

أحدهما: لا يصح، فهو كشراء الوكيل من نفسه، وهو الصحيحُ، صححه في «التصحيح»، وجزم به في «المغني»[٢]، و«الكافي»[٣]، و«الوجيز»، و«المنور»،

الحاشية من يوجب له ليقبله هو منه، إن أجزنا توكيل الوكيل ولمن تردّ شهادته له، إن[٤] زاد على ثمنه المذكور، وقيل: له بيعُه لهم دون نفسه. وكذا الخلافُ والتفصيلُ لو وكله في شراء، فاشتراه لموكله من نفسه، أو ممن تردُّ شهادتُه له، فإن أذن له موكلُه في ذلك أو بعضه، أو وكله رجلٌ في بيع شيءٍ ووكله آخرُ في شرائه، فتولى طرفي العقد، صح على الأقيس، كالوالد إذا اشترى من مال ولده الصغير شيئاً، أو باعه شيئاً، وتولى طرفي العقدين. والظاهرُ والله أعلم أن مرادَه في تولية طرفي العقد على الأقيس: إذا أذن له البائعُ في البيع من نفسه أو لوكيله في الشراء؛ بدليل قوله في أول الفصل: ولا لوكيله، فمسألة البيع لوكيله تعرف من أول الفصل، ومن هنا يعرف تولي طرفي العقد.

* قوله: (وآخر في شرائه).

مرفوع عطفاً على فاعل المصدر، وهو توكيل، والمعنى: لو وكله شخص في بيعه ووكله آخرُ في شرائه، كان شراؤه لمن وكله في الشراء وتولى طرفي العقد، كما لو اشتراه لنفسه، على ما مر من الخلاف والتفصيل. /

١٥٨

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٨٩ ـ ٤٩٠ .

(٢) ٧/ ٢٣٠.

(٣) ٣/ ٣٢٣ .

(٤) ليست في (د).

الفروع عنه: يبيع من نفسه إذا زاد ثمنه في النداء، وقيل: أو وكل بائعاً، وهو ظاهرُ رواية حنبل، وقيل: هما، وذكر الأزجي احتمالاً: لا يعتبران؛ لأن دينَه وأمانتَه تحمله على الحقِّ، وربما زاد، وكذا شراؤُه له من نفسه.

وكذا حاكم وأمينُه، وناظرٌ ووصيٌّ ومضاربٌ، ولعبده وغريمه عتقُ نفسه وإبراؤها بوكالته الخاصة لا بالعامَّة، وفيه قول، وهو معنى ما جزم به الأزجي، (١كبيع وكيلٍ من نفسه، وفرق الأزجي١) بينه وبين تصدقٍ به، بأن إطلاقَه ينصرف إلى إعطاء الغير؛ لأنه من التفعل، وتوكيلِ زوجة في طلاق، كعبده في عتق، ولا يجوز له شراءُ معيبٍ، فإن فعل عالماً، لزمه، ما لم يرضه موكلُه، ولم يردَّه* ولا يرده موكله.

التصحيح و«منتخب الأدمي»، وغيرهم، وقدمه في «الخلاصة»، و«الرعاية الكبرى»، وغيرهما. قال المجد في «شرحه»: اختاره القاضي وابن عقيل، نقله في «تصحيح المحرر».

والوجه الثاني: يصح هنا وإن منعنا صحةَ البيع والشراء من الوكيل لنفسه أو من نفسه. وقال في «الكافي»[(٢)]، و«المغني»[(٣)]، و«الشرح»[(٤)]: هنا الوجهان مبنيان على الروايتين في أصل المسألة، وحكاه في «المغني» و «الشرح» عن الأصحاب. قلت: الصوابُ أن محلَّ الخلافِ على القول بعدم الصحةِ من الوكيل لنفسه أو من نفسه، أما على القول بالصحة، فهنا بطريق أولى وأحرى، وعلى القول بعدم الصحة، فهو محلُّ الخلاف هنا، هذا ما يظهر، وهو كالصريح في كلام كثير من الأصحاب، ومنهم الشيخ في «المقنع»[(٤)].

الحاشية * قوله: (فإن فعل عالماً، لزمه، ما لم يرضه موكلُه ولم يردَّه).

أي: لا يملك الوكيلُ ردَّه، فلو قال: وليس له ردُّه كان أظهرَ وأوضحَ في المراد، مع أن هذا المعنى مستفادٌ من قوله: (لزمه) لكنه ليس بصريح. فأتى المصنفُ بذلك بعده؛ لأنه إذا لم يرضه

(١ ـ ١) ليست في الأصل.

(٢) ٣/ ٣٢٣.

(٣) ٧/ ٢٣٠.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٨٩ ـ ٤٩٠.

الفروع

وإن اشتراه بعين المال، ففضولي، وإن جهل عيبَه، لم يضمنه، وله ردُّه قبل إعلام موكله، وأخذُ سليم، إلا في شراء معينٍ، ففي ردِّه وجهان[م٢٣]. فإن ملكه، فله شراؤُه إن علم عيبَه قبله، وإن أسقط خيارَه، فحضر موكلُه ورضي به لزمه، وإلا فله ردُّه، وفي «المغني»[١]: على وجه. وإن أنكر البائعُ أن الشراءَ وقع له، لزم الوكيلَ، وقيل: الموكل، وله أرشُه فيه[٢]، وذكر الأزجي: إن جهل عيبَه وقد اشترى بعين المال، فهل يقع من الموكل؟، فيه خلافٌ، وقال: إذا اشتراه مع علمه بالعيب، فهل يقع عن الموكل؛ لأن العيب إنما يخاف منه نقصُ المالية، فإذا كان مساويا للثمن، فالظاهر أنه يرضى به، أم لا يقع عن الموكل؟ فيه وجهان. فإن ادعى بائعُه علمَ موكله

التصحيح

مسألة ـ ٢٣: قوله: وأما (إن جهل عيبه[٣]، لم يضمنه، وله ردُّه قبل إعلام موكله، وأخذُ سليم، إلا في شراء معينٍ، ففي ردِّه وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«المغني»[٤]، و«المقنع»[٥]، و«التلخيص»، و«البلغة»، و«المحرر»، و«الشرح»[٥]، و«شرح ابن مُنَجَّا»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: له الردُّ، وهو الصحيحُ، صححه في «التصحيح»، و«تصحيح المحرر»، و«النظم»، وغيرهم، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الرعايتين» و«الحاويين»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم.

والوجه الثاني: ليس له الردُّ، قال في «الرعايتين»: هذا أولى. قال في «تجريد العناية»: لا يردُّه في الأظهر، وقدمه في «الخلاصة». قلت: وهو الصوابُ.

الحاشية

الموكلُ، فقد لزم الوكيلَ، وإذا لزمه، لم يملك ردَّه؛ لأنه اشتراه عالماً بعيبه، وذلك مانعٌ من الردِّ، ولا يردُّه الموكل لكونه يلزم الوكيلَ إذا لم يرضه الموكلُ.

(١) ٧/ ٢٥٣_٢٥٤.

(٢) ليست في النسخ الخطية.

(٣) في (ط): «عينه».

(٤) ٧/ ٢٥٢.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٥١٥ ـ ٥١٦.

الفروع الغائب بعيبه ورضاه، حلف الوكيلُ أنه لا يعلم ذلك، وردَّه وأخذَ حقَّه في الحال، وقيل: يقف على حلف موكله.

وكذا قولُ غريم لوكيلٍ غائب في قبض حقِّه: أبرأني موكلُك، أو: قبضه، ويحكم ببينة إن حكَم على غائب، وإن حضر[١] الموكلُ، وصدق البائعُ، فهل يصح الردُّ؟ فيه وجهان[م٢٤].

وفي «النهاية»: يطَّرد فيه[٢] روايتان منصوصتان في استيفاء حدٍّ[٣] وقَوَد وسائر حقٍّ مع غيبة موكل وحضور وكيله، وحكاهما غيره في قودٍ وحدِّ قذف، اختارها ابن بطة، ورضاء موكل غائب بمعيب، [٤]عزله عن ردِّه[٤]،

التصحيح **مسألة ـ ٢٤**: قوله: (وإن حضر الموكل، وصدق البائعُ، فهل يصح الردُّ؟ فيه وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[٥]، و«التلخيص»، و«الشرح»[٥]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا يصح الردُّ، وهو باقٍ للموكل، صححه في «التصحيح»، وقدمه في «المغني»[٦]، و«الرعايتين»، و«الحاويين».

والوجه الثاني: يصح، فيجدد الموكلُ العقدَ، صححه في «النظم»، وجزم به في «الوجيز». قال الشيخ الموفق والشارح: يصح الردُّ بناء على أن الوكيلَ لا ينعزل قبل علمه. انتهى. قلت: الصوابُ إن كان الردُّ قبل الإخبار، انبنى على عزل الوكيل قبل علمه وعدمه، وإن كان بعد الإخبار، لم يصح الردُّ، والله أعلم.

الحاشية ....

---

(١) بعدها في (ر) و(ط): «الغائب».

(٢) ليست في (ب) و(ر) و(ط).

(٣) في الأصل (حق).

(٤ ـ ٤) في (ط): «عزله رده».

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٥١٢ـ ٥١٣.

(٦) ٧/ ٢٥٣ ـ ٢٥٤ .

الفروع

ولا يصح بيعُه نَسَاءً ولا بغير نقد البلد، أو غالبه، كنفع وعرض، وفيه احتمال، وهو رواية في «الموجز»، وكما لو وكله في شراء ثلج في الصيف، وفحم في الشتاء، فخالف، ذكره أبو الخطاب وغيره*، وعنه: بلى، كقوله: كيف شئت، كمضارب على الأصح.

وذكر ابن رزين: يبيع وكيل حالاً بنقد مصره وغيره لا نَسَاء، وفي «الانتصار» يحتمل يلزمه النقدُ أو ما نقص. وإن ادعيا إذناً فيهما أو اختلفا في صفتهما، أو في الشراء بِكذا، قبل قولُهما، نص عليه في المضارب، وعلله أحمد بأنه ليس هنا شيءٌ يريد أن يأخذَه، واختاره الشيخ فيه.

وقيل: لا، فيهما، فإن كان الوكيلُ كاذباً في دعواه، حل، وإلا اشتراه ممن هو له باطناً ليحل، فإن قال: بعتكه إن كان لي، أو: إن كنت أذنت في شرائه بكذا، فقيل: يصح؛ لعلمهما وجود الشرط، كـ: بعتك هذه الأمة إن كانت أمة. وكذا كلُّ شرط علما وجوده لا يوجب وقوف البيع ولا شكا فيه، وقيل: لا يصح؛ لتعليقه بشرط(م٢٥) وفي «الفصول»: أصلُ هذا: إن كان غداً

التصحيح

مسألة ـ ٢٥: قوله فيما إذا قلنا: القولُ قولُ الوكيل والمضارب في أنه أذن لهما في البيع نَسَاءً: (لو قال: بعتكه إن(١) كان لي، أو إن كنت أذنت في شرائه بكذا، فقيل: يصح، لعلمهما وجودَ الشرط، كـ: بعتك هذه الأمة إن كانت أمةً، وكذا كلُّ شرط علما وجوده لا يوجب وقوفَ البيع)، فلا يؤثر (شكًّا فيه، وقيل: لا يصح؛ لتعليقه بشرط).

الحاشية

*** قوله: (وكما لو وكله في شراء ثلجٍ في الصيف وفحمٍ في الشتاء فخالف، ذكره أبو الخطاب وغيره).**

قال في «الفائق»: ولو وكله في شراء الفحم، وكان ذلك شتاء، أو الثلجِ، وكان صيفاً، فعكس وقتَ الشراء، لم يصح: نص عليه. قلت: ويحتمل صحةَ الفحم إذا كان تجارةً أو اقتضته قرينة.

---

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع من رمضان، ففرضي، وإلا فنفل.

وإن لم يبع، أذن حاكمٌ له في بيعه، أو باع له أو لغيره. قال في «المجرد» و«الفصول»: ولا يستوفيه من تحت يده كسائر الحقوق. قال الأزجي: وقيل: يبيعه ويأخذ ما غرمه من ثمنه [(١]وإن لم يبع، باع حاكمٌ[١)]، وفي «الترغيب»: الصحيحُ لا يحلُّ، وهل يقرُّ بيده أو يأخذه حاكمٌ كمال ضائع؟ على وجهين.

وإن كذب البائعُ الوكيلَ في أن الشراءَ لغيره أو بمال غيره، صدق، فإن ادعى الوكيلُ علمَه، حلف ولزم الوكيلَ، وذكر الأزجي: إن كان الشراءُ في الذمة وادعى أنه يبتاع بمال الوكالة، فصدقه البائعُ أو كذبه، فقيل: يبطل، كما لو كان الثمنُ معيناً، وكقوله: قبلت النكاحَ لفلان الغائب، فينكر الوكالةَ، وقيل: يصح. فإذا حلف الموكلُ: ما أذن له، لزم الوكيل، [(١]وفي «التبصرة»: كل التصرفات كالبيع نساءً[١)]، وبيعُهما بدون ثمن المثلِ نقصا[(٢)]، وشراؤهما بأكثر*، قيل: كفضولي. نص عليه، فإن تلف فضمن

التصحيح انتهى. وأطلقهما في «المغني»[(٣)]، و«الشرح»[(٤)]، و«القواعد الفقهية»، وظاهرُ «الكافي»[(٥)] إطلاقُ الخلاف:

أحدهما: لا يصح، اختاره القاضي، وقدمه في «الرعاية الكبرى».

والقول الثاني: يصح، وهو احتمال في «الكافي»[(٥)]، ومال إليه هو وصاحبُ «القواعد». قلت: وهو الصوابُ، وذكر المصنف كلامه في «الفصول».

الحاشية * قوله: (وبيعهما بدون ثمن المثل نقصاً، وشراؤهما بأكثر) إلى آخره.

قال في «المحرر» وإذا اشترى الوكيلُ أو المضاربُ بأكثر من ثمن المثل، أو باعَ بدونه، صح،

(١ ـ ١) ليست في (ب).
(٢) ليست في الأصل و(ر).
(٣) ٧/ ٢٠٤.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٩٣.
(٥) ٣/ ٣١٣.

الفروع

الوكيلُ، رجع على مشترٍ؛ لتلفه عنده، وقيل: يصح، ونص عليه مع ضمانه زيادة ونقصا، قيل: لا يُغْبَنُ به، وقيل: مطلقاً(م٢٦، ٢٧). وعلى الصحة لا يضمن عبدٌ لسيده وصبيٌّ لنفسه، ويحتمل فيه: يبطل، وهو أظهر. ويصح البيعُ بأكثر، وقيل: من جنس المعين، ولا يلزمه الفسخُ؛ لزيادة مدة خيار، وفيه وجه.

التصحيح

مسألة ـ ٢٦ـ ٢٧ قوله: (وبيعهما بدون ثمن المثل نقصاً، وشراؤُهما بأكثر، قيل: كفضولي، نص عليه، فإن تلف، فضمنه الوكيلُ، رجع على المشتري، لتلفه عنده، وقيل: يصح، ونص عليه مع ضمانه زيادةً ونقصاً، قيل: لا يغبن عادةً، وقيل: مطلقاً) انتهى. ذكر المسألتين:

المسألة الأولى ـ ٢٦: إذا باع بدون ثمن المثلِ نقصاً أو اشترى بأكثر منه زيادةً، فهل

الحاشية

ولزمه النقصُ والزيادةُ. نص عليه، ويتخرج أن يكونَ كتصرف الفضولي. وفي «المقنع»[1]: إن باع بدون ثمن المثل، أو بأنقص مما قدر له، صح وضمن النقصَ، ويحتمل أن لا يصح، وقدم في «المغني»[2] عدمَ الصحة، وقال: هو أقيس، وذكر الصحةَ روايةً، وذكر في «الكافي»[3] روايتين في غير ترجيح.

فائدة: صرح في «الاختيارات»: أن الوصي وناظرَ الوقف كالوكيل فيما إذا باعَ بدون ثمن المثل، أو اشترى بأكثر منه، وذكر أن تضمينَه مع اجتهاده وعدمِ تفريطه فيه نظرٌ، وأن قواعدَ المذهب تشهد له بروايتين مما إذا رمى إلى صف الكفار، يظنه كافراً، فبان مسلماً، ففي ضمان ديته روايتان.

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١١/ ٤٩٣.
(٢) ٧/ ٢٤٧.
(٣) ٣/ ٣١٦ـ ٣١٧.

الفروع ....

التصحيح هو كفضولي أو يصح؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يصح، وهو الصحيحُ. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب، منهم الخرقي، والقاضي في «الخلاف»، وغيرهما. قال ابن مُنَجَّا في «شرحه»: هذا المذهبُ، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«الخلاصة»، و«المحرر»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفائق»، و«نظم المفردات»، وقال: قاله الأكثرُ وغيرهم، وقدمه في «المستوعب» و«المقنع»[1] في المسألة الأولى.

والقول الآخر: هو كفضولي، والصحيحُ في تصرف الفضولي أنه لا يصح، قال في «المحرر»، و«الفائق»: ويتخرج أنه كتصرف الفضولي. انتهى. وعن أحمد روايةٌ في أصل المسألة: أنه لا يصح. نص عليها، وصححها القاضي في «المجرد»، وابن عقيل، وجزم به في «التلخيص» وقال: إنه الذي تقتضيه أصول المذهب، وجزم به في «المستوعب»، و«المقنع»[1]، في المسألة الثانية، واختاره الشيخ الموفق وغيره، وقدمه في «المغني»[2]، و«الشرح»[3]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم. قلت: وهذه الروايةُ تنزع إلى تصرف الفضولي، وأطلقهما في «الكافي»[4].

تنبيه: سوَّى المصنفُ بين ما إذا باع بدون ثمن المثل نقصاً، وبين ما إذا اشترى بأكثر منه زيادةً، وهو صحيحٌ، وعليه أكثرُ الأصحاب، وهو الصحيحُ، وذهب بعضُهم إلى عدم الصحة في مسألة ما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثلِ، وقطع به في «المستوعب»، و«شرح ابن رزين»، وهو ظاهرُ كلام الشيخ في «المقنع»[1] حيث قدم في المسألة الأولى الصحةَ، وقطع في المسألة الثانية بعدمها. وقد ذكر الزركشي في المسألتين ثلاثةَ أقوال: الثالث: الفرقُ، كما تقدم.

الحاشية ....

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٣٩.
(٢) ٧/ ٢٤٧.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٩٣ ـ ٤٩٤.
(٤) ٣/ ٣١٦.

الفروع

وهل للوكيل البيعُ أوالشراءُ بشرط خيار له*؟ وقيل: مطلقاً*، وتزكيةُ بيّنة

التصحيح

المسألة الثانية ـ ٢٧: إذا قلنا بالصحة، فإنه يضمن الزيادةَ والنقصَ، وأطلق في قدره الخلافَ، وأطلقه في «المغني»[١]، و«الكافي»[٢]، و«الشرح»[٣]، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: وهو قَدْرُ ما بين ما باع به وثمن المثلِ، وهو الصحيحُ. قال الشيخ في «المغني»[٤]، والشارح: هذا أقيس، واختاره ابن عقيل، نقله عنه في «القواعد الفقهية»، وقدمه ابن رزين في «شرحه» و«الرعاية الكبرى».

والقول الثاني: هو قدر ما بين ما يتغابن به الناسُ ومالا يتغابنون، واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يضمن شيئاً إذا لم يفرط، وهو الصوابُ.

الحاشية

* **قوله: (بشرط خيار له).**

ظاهره: أنه لا يشرطه لموكله؛ لكونه قيد الشرطَ بقوله: (له) وسوى في «الرعاية» بينه وبين موكله، فذكر الوجهين فيهما.

* **قوله: (وقيل: مطلقاً).**

ظاهره: أنه لو وكل في بيع شيءٍ، فباعه وشرط الخيار للمشتري، أو وكل في شراء شيءٍ، فاشتراه وشرط الخيارَ للبائع، أن فيه الوجهين على هذه الطريقة. وقال في «الرعاية»: ومَن وكِّل في بيع، لم يشرط للمشتري خياراً وإن وُكِّلَ في شراء، لم يشرطه للبائع، وهل له شرطُه لنفسه أو لموكله؟ يحتمل وجهين، وقد تقدم أن ظاهرَ كلام المصنف: أن موكله ليس فيه الوجهان على الطريقة الأولى، بل على الطريقة الثانية؛ لأنه قيد الشرط على الطريقة الأولى بالوكيل، فخرج غيرُه، وهو شامل للموكل، ودخل في الثانية. ويحتمل أن مراده بالتقييد: نفيُ شرطِهِ لمن اشترى منه أو باعه، وهما الصورتان اللتان جزم في «الرعاية» بأنه لا يشترطه فيهما، لا نفيه عن موكله، فيكون موافقاً لما في «الرعاية»، ويكون الموكلُ فيه الوجهان على الطريقة الأولى، لكن ظاهرَ اللفظ خلافُه، والمسألةُ لم أرها في غير «الرعاية»؛ لأني كتبت هذا في المجلس الذي رأيتها فيه، ولم أكشف عنها غير «الرعاية».

(١) ٧/ ٢٤٧.
(٢) ٣/ ٣١٦.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٩٣ ـ ٤٩٤.
(٤) ٧/ ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

الفروع خصمه، والمخاصمةُ في ثمن مبيع بان مستحقًّا؟ فيه وجهان(م٢٨و٣٠). وإن

التصحيح **مسألة ٢٨ـ ٣٠:** قوله: (وهل للوكيل البيعُ أو الشراءُ بشرط خيار له؟ وقيل: مطلقاً، وتزكية بينة خصمه، والمخاصمةُ في ثمن مبيع بان مستحقًّا؟ فيه وجهان). انتهى.

شمل كلامه مسائلَ أطلق فيها الخلاف:

المسألة الأولى ـ ٢٨: هل للوكيل البيعُ أو الشراءُ بشرط الخيار له أم لا؟ أطلق الخلاف. قال في «الرعاية»: ومن وُكِّلَ في بيع لم يشترط للمشتري خياراً، وإن وُكِّل في شراء لم يشترط الخيارَ للبائع، وهل له شرطُه لنفسه أو لموكله؟ يحتمل وجهين. انتهى.

١٤١ وظاهرُ كلامه في «المحرر»و «الرعاية الكبرى»/، في خيار الشرط: صحةُ ذلك ويكون للموكل. وقال القاضي في «المجرد»: وإن شرطه لنفسه دون موكله، أو شرطه لأجنبيٍّ، لم يصح. وقال في «الرعاية» أيضاً: إن شرطه في العقد وأطلق، فهو لموكله. كما لو قال: له، وإن قال: لي، فهو لهما، وإن قال: لي وحدي، أو شرطه لغيرهما لم يصح، وقيل: يحتمل أن يصح شرطه لغيرهما إن قلنا: للوكيل التوكيلُ، وفيه نظر. انتهى. وقد ذكر المصنفُ هذا بعد هذه المسألة. قلت: الصوابُ أنه إن رأى في شرط الخيار مصلحةً، كان له ذلك، وإلا فلا، والله أعلم.

المسألة الثانية ـ ٢٩: هل يسوغ للوكيل تزكيةُ بينةِ خصمِه أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يسوغ. قلت: وهو الصوابُ، بل هو أولى من الأجنبية، وهي قريبة من تعديل الخصمِ لبينة خصمِه، على ما يأتي في المسألة الثامنة من باب طريق الحكم وصفته.

والوجه الثاني: لا يسوغ له ذلك.

المسألة الثالثة ـ ٣٠: هل يسوغ للوكيل في البيع المخاصمةُ في ثمن مبيعٍ بان مستحقاً أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: لا يسوغ له.

والوجه الثاني: يسوغ. قلت: وهو أقوى من الأول، والصوابُ في ذلك الرجوعُ إلى

الحاشية ....

الفروع

شرط الخيارَ، فلموكله، وإن شرط لنفسه، فلهما، ولا يصح له[١] فقط، ويختصُّ بخيار المجلس، ويختصُّ به موكلُه إن حضره وحجر عليه فيه. وصحة توكيل(*) في إقرارٍ وصلح وبيع ما استعمله(*)، مع أنه يضمنه إن تلف ولا يضمن ثمنَه، ولزومِ فسخه لزيادة في المجلس، وبيعه ثانياً إن فسخ، وبيع بدله، وجهان(*).

وفي طريقة بعضهم وذكره في «المحرر»: توكيلُه في إقرارٍ إقرارٌ(م٣١، ٣٦)،

التصحيح

القرائن، فإن دلت قرينةٌ على ذلك، كبُعْدِهِ عن موكله ونحوه، ساغ، والله أعلم. وللشيخ الموفق تعاليلُ مثل ذلك في مسائل الوكالة.

مسألة ـ٣١ـ٣٦: قوله: (وفي صحة توكيل[٢] في إقرار وصلح وبيعِ ما استعمله مع أنه يضمنه إن تلف[٣] ولا يضمن ثمنَه، ولزوم فسخه لزيادة في المجلس وبيعه ثانياً إن فسخ، وبيع بدله، وجهان. وفي طريقة بعضهم وذكره في «المحرر» توكيلُه[٤] في إقرارٍ إقرارٌ). انتهى. ذكر مسائل:

المسألة الأولى ـ ٣١: هل يصح التوكيلُ في الإقرار أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الرعاية الكبرى». قال في «الإرشاد»[٥]: ولو جعل إليه أن يقرَّ عليه، جاز إقرارُه عليه، في أحد الوجهين. انتهى:

أحدهما: يصح، وهو الصحيحُ، وبه قطع في «الهداية»، و«الفصول»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[٦]، و«الكافي»[٧]، و«الشرح»[٨]،

الحاشية

....

(١) ليست في (ط).

(٢) يأتي التنبيه على هذا الفرق بين عبارة المتن وعبارة الشرح في التنبيه الأول في ص ٦٦.

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٤) في النسخ الخطية: «توكله».

(٥) ص ٣٦٧.

(٦) ٧/ ٢٠٠.

(٧) ٣/ ٣١٠.

(٨) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١١/ ٤٤٩.

الفروع وذكر الأزجي: يعتبر تعيينُ ما يقرُّ به، وإلا رجع في تفسيره إلى الموكل، ٢/٤٣ قال: ولا خلاف أن وكيلَ/ الخصومة يملك الطعنَ في الشهود ومدافعتهم

التصحيح و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، ونصره في «المغني»[١] وغيره، وقدمه في «التلخيص». قال في «المغني»[١] وغيره: لأنه إثباتُ حقٍّ في الذمة بالقول، فجاز التوكيلُ فيه، كالبيع. انتهى.

والوجه الثاني: لا يصح، وهو ظاهرُ كلام جماعة، يأتي ذكرهم في التنبيه الخامس.

المسألة الثانية ـ ٣٢: هل يصح التوكيلُ في الصلح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الرعاية الكبرى»، وظاهرُ «الإرشاد»: إطلاقُ الخلاف، وتبعه في «التلخيص»:

أحدهما: يصح، وهو الصحيحُ، وبه قطع في «الفصول»، و«المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]، و«شرح ابن رزين»، و«الزركشي»، وغيرهم. قال في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]: لا نعلم فيه خلافاً. قال ابن رزين: يصح إجماعاً؛ وعللوه بأنه في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيه. انتهى. قلت: بل هو أولى.

والوجه الثاني: لا يصح.

المسألة الثالثة ـ ٣٣: هل يصح بيعُ ما استعمله أم لا؟ أطلق الخلاف. والظاهرُ: أنه أراد إذا وكله في بيع[٤] شيءٍ، فتعدى فيه باستعماله، ثم أراد بيعَه، فهل يصح أم لا؟.

أحدهما: يصح، وهو الصحيحُ؛ لأن الوكالةَ إذنٌ في التصرف مع الاستئمان، فإذا زال أحدُهما، لم يزل الآخرُ. وقد أطلق المصنفُ قبل ذلك في عزل الوكيل إذا تعدى وجهين، وذكرنا أن الصحيحَ عدمُ العزل. وذكرنا من اختار كل قول، فليعاود[٥].

والوجه الثاني: لا يصح.

الحاشية ....

(١) ٧/ ٢٠٠.
(٢) ٧/ ١٩٨ ـ ١٩٩.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٤٤.
(٤) ليست في النسخ الخطية.
(٥) ص ٣٦ ـ ٣٧ .

الفروع

وسماعَ البينة؛ لضرورة المخاصمة[1]، ويلزمه طلبُ الحظِّ لموكله.

التصحيح

المسألة الرابعة ـ ٣٤: هل يلزم الوكيلَ فسخُ العقد؛ لزيادةٍ حصلت في المجلس، أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: لا يلزمه، وهو الصحيحُ، قدمه في «المغني»[2]، و«الشرح»[3]، و«شرح ابن رزين»، و«الرعاية الكبرى»، وغيرهم، وقالوا: لأن الزيادةَ ممنوعٌ منها منهيٌّ عنها، فلا يلزم الرجوعُ إليها، ولأن المزايدَ قد لا يثبت على الزيادة، فلا يلزم الفسخُ بالشك. انتهى.

والوجه الثاني: يلزمه، قال في «الرعاية» قلت: ويُحتمل لزومهُ إن صح بيعُه على بيع أخيه. وقال في «المغني»[2]، و«الشرح»[3]: ويحتمل أن يلزمه؛ لأنها زيادةٌ في الثمن أمكن تحصيلُها، فأشبه ما لو جاءته قبل البيع، والنهيُ يتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل. انتهى. قلت: والنفسُ تميل إليه.

المسألة الخامسة ـ ٣٥: هل يصح بيعُ الوكيل له ثانياً إن فسخ العقد، مثل أن يظهرَ فيما باعه ما يوجب الردَّ، فيرد عليه، أو يفسخ المشتري العقدَ في مدة الخيار ونحوه، أم لا؟ [4]أو يفسخ المشتري العقد في مدة الخيار ونحوه[4]؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يصح. قلت: وهو الصوابُ؛ لأن العادةَ جاريةٌ بذلك.

والوجه الثاني: لا يصح. قلت: وهو ضعيف.

المسألة السادسة ـ ٣٦: هل للوكيل بيعُ بدله أم لا؟ أطلق الخلاف، والظاهر: أنه أراد لو أتلف متلفٌ ما وكل فيه وأخذ بدلَه:

أحدهما: له ذلك، ويصح.

الحاشية ....

(١) في (ط): «المخاصم».

(٢) ٧/٢٤٨.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/٤٩٧.

(٤ ـ ٤) ليست في (ح).

الفروع وفي طريقة بعضهم: دليلُ العرف في إبطال بيعه بدون ثمن المثل

التصحيح والوجه الثاني: لا يصح، والصوابُ الرجوعُ في ذلك إلى القرائن؛، فإن دلّت على شيءٍ، عمل به، وإلا فلا يصح، وتقدم نظيرُ ذلك في الرهن[١]، فيما إذا جنى على الرهن وأخذ قيمتَه، هل للمرتهن أو للعدل المأذونِ له بيعُه، أم لا؟ أطلق الخلاف هناك، وذكرنا أن الشيخ في «المغني»[٢]، والشارح نقلا عن القاضي أنه قال: قياسُ المذهب أنه له بيعُه، واقتصرا عليه، وقطع به ابن رزين.

تنبيهات:

(☆) **الأول**[٣]: قوله: (وفي صحة توكيل) الموجود في النسخ القديمة: (وصحة توكيل) بإسقاط لفظة «في»، ووجد على الهامش الظاهرُ: أن هنا لفظة: في، ونبه عليه أيضاً ابن نصر الله، وهو الصوابُ، والظاهرُ: أنه تابعه في «الرعاية الكبرى» فإنه قال: وفي صحة التوكيل في الإقرار والصلح وجهان. انتهى. وقول المصنف: (ولا يضمن) الموجود في النسخ القديمة (لا يضمن) بإسقاط الواو ومكانها بياضٌ، وكتب على الهامش: الظاهر: أن في هذا البياض واواً، وهو كما قال، ونبه عليه أيضاً ابن نصر الله.

(☆) **الثاني**[٣]: في إطلاق المصنف الخلافَ في الإقرار والصلح نظرٌ، مع قطع هؤلاء الجماعة بالصحة، لا سيما في الصلح، وقد قال في «المغني»[٤] وغيره: لا نعلم فيه خلافاً، وقال ابن رزين: يصح فيه إجماعاً.

(☆) **الثالث**[٣]: الظاهر: أن مرادَه بقوله: (وبيعِ ما استعمله) إذا تعدى باستعماله، هل يصح بيعُه بعد ذلك أم لا؟ فإن كان هذا مرادُه، فهو قد قال في أوائل الباب: (وفي تعدي وكيلٍ كلبس ثوب وجهان) فحصل منه تكرارٌ فيما يظهر .

الحاشية ....

(١) ٦/ ٣٧٩ .

(٢) ٦/ ٤٧٤.

(٣) تقدم مكانه في المتن ص ٦٣ .

(٤) ٧/ ١٩٨ ـ ١٩٩.

الفروع

ضعيفٌ؛ لأنه بالطبع يُرْغَب في بيعه بفوق ثمن المثل، ومع هذا لو قدر الوكيلُ على بيعه بزيادة، فباع بالمثل، لزم البيعُ الموكل بلا خلاف، فبطلت قرينةُ العرف إذاً. كذا قال، ويشبه هذا من وُكِّل في الصدقة بمالٍ، هل له دفعُه

التصحيح

(☆) **الرابع**[1]: قوله: (ولزومِ فسخه لزيادةٍ في المجلس وجهان) مع قوله قبل ذلك بيسير: (ولا يلزمه الفسخُ لزيادة مدة خيارٍ، وفيه وجهٌ) فقدم عدمَ اللزوم، ولعله أراد بهذه خيارَ الشرط، وبتلك خيارَ المجلس، لكن ظاهرَ تعليله في «المغني»[2] وغيره شمولُ / الخيارين، وهو الصوابُ، ولم نَرَ من فرق بينهما. قال في «المغني»[3] و «الشرح»[4]، و«شرح ابن رزين»: وإن باع بثمن المثل، فحضر من يزيد في مدة الخيار. وكذا قال في «الرعاية الكبرى»، ولم نر المسألة في غير هذه الكتب، والله أعلم.

١٤٢

الخامس: ظاهرُ كلام المصنف: أن المقدمَ أن التوكيلَ في الإقرار ليس بإقرار، وهو ظاهرُ كلام مَن قال بصحة التوكيل فيه، وقد قاسوه على البيع، وهو ظاهرُ ما قدمه في «الرعاية الكبرى» فإنه قال: وفي صحة التوكيل في الإقرار وجهان، وقيل: التوكيلُ في الإقرار إقرارٌ. انتهى. ولنا قولٌ: إن التوكيل في الإقرار إقرارٌ، وهو الذي قاله الفخر في طريقته، وبه قطع في «المحرر»، و«الحاويين»، و«الفائق» وغيرهم. قال في «الرعاية الصغرى»: والتوكيلُ في الإقرار إقرارٌ في الأصح. انتهى.

قلت: الظاهرُ أن محلَّ هذا الخلاف على القول بعدم صحة التوكيل فيه، أما على القول بالصحة، فلا يكون التوكيلُ فيه إقراراً، قولاً واحداً، أو يقال: القولان مبنيان على القولين هناك، إن قلنا: يصح التوكيلُ، لم يكن إقراراً، وإن قلنا: لا يصح، كان إقراراً، والله أعلم.

الحاشية ....

---

(١) تقدم ص ٦٣ .
(٢) ٦/٢٤٨.
(٣) ٧/٢٤٧.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/٤٩٦ ـ ٤٩٧.

الفروع إلى مستحقٍّ غيرُه أحقُّ؟ ويتوجه: الفرقُ؛ لأن القصدَ غالباً مع الإطلاق الصدقةُ على مستحقٍّ لا طلبُ الأحقِّ، وهنا بالعكس، ونصر هذا في طريقته إبطال البيع في بيعه بدون ثمن المثل، واحتج عليه بثبوت الشفعة تثبت بما هو بيعٌ من وجه؛ ولهذا يثبت بإقرار البائع وحده بالبيع، وهذا سهوٌ.

وفي «النوادر»: تنازعا في كتاب وبينهما عارفٌ فحكَّماه، فوكالة بإقرار معلقةٌ بشرط، فتصح، لا حكم.

فصل

ولا يصح توكيلُه في كلِّ قليلٍ وكثيرٍ، زاد الأزجي: باتفاق الأصحاب، وأن مثله: وكلتك في شراء ما شئت من المتاع الفلاني، وأنه إن قال: وكلتك بما إليَّ من التصرفات، احتمل البطلانَ، واحتمل الصحةَ، كما لو نص على الإفراد، وقيل: يصح في كلِّ قليل وكثير، كبيع ماله، أو المطالبة بحقوقه، أو الإبراء، أو ما شاء منه.

قال المرُّوذي: بعثني أبو عبد الله في حاجة، وقال: كلُّ شيءٍ تقوله على لساني، فأنا قلته. وظاهرُ كلامهم في: بع من مالي ما شئت. له بيعُ كلِّ ماله، وذكر الأزجي في: بع من عبيدي من شئت. أن «مِن» للتبعيض، فلا يبيعهم إلا واحداً، ولا الكلَّ؛ لاستعمال هذا في الأقل غالباً، وقال: وهذا ينبني على الأصل، وهو استثناء الأكثر. كذا قال. ويأتي في آخر الموصى إليه[1]: تصدق من مالي. وفي طريقة بعضهم إن وكله في أحد شيئين لا بعينه، كطلاق وعتق إحداهما، لم يصح؛ لجهالة الوكالة. وإن قال: اشترِ عبداً أو ما شئت.

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) ص ٤٩٦ .

الفروع

فعنه، يصح، وقيل: إن ذكر نوعَه*، وعنه: وقدرَ ثمنه، وقيل: أقلَّه وأكثره(م٣٧) والإطلاقُ يقتضي شراءَ عبد مسلم، عند ابن عقيل؛ لجعله الكفر عيباً (☆). وإن أمره بشراء في ذمته، ثم ينقد ثمنه، فاشترى بعينه، صح في

التصحيح

مسألة ـ ٣٧: قوله: (وإن قال: اشتر عبداً أو ما شئت، فعنه: يصح، وقيل: إن ذكر نوعه، وعنه: وقدرَ ثمنه، وقيل: أقلَّه وأكثرَه). انتهى. الصحيحُ من المذهب أنه لا يصح ذلك حتى يذكر النوعَ وقدرَ الثمن، اختاره القاضي وغيره، قاله في «التلخيص»، قال ابن مُنجَّا في «شرحه»: هذا المذهبُ، وقطع به في «الوجيز» وغيره، وصححه في «النظم» وغيره، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»، و«الرعايتين»، و«الحاويين»، و«الفائق»، وغيرهم. وعنه: يصح، قال في «المقنع»[1] وغيره: وعنه ما يدل على أنه يصح. وهو ظاهرُ ما اختاره الشيخ الموفق والشارح. قال أبو الخطاب: ويحتمل أن يجوزَ؛ بناء على ما قاله الإمام أحمد في رجلين، قال كل واحد منهما لصاحبه: ما اشتريت من شيء، فهو بيني وبينك: إنه جائز، وأعجبه، وقال: هذا توكيلٌ في كل شيء، وكذا قال ابن أبي موسى: إذا أطلق وكالتَه، جاز تصرفُه في سائر حقوقه، وجاز بيعُه عليه وابتياعُه له، وكان خصماً فيما يدعيه لموكله، ويدعي عليه بعد[2] ثبوت وكالته منه. انتهى. وقيل: يكفي ذكرُ النوع، اختاره القاضي، نقله الشيخ والشارح، واختاره ابن عقيل في «الفصول». قال في «الرعاية»: وقيل: يكفي ذكرُ النوع أو قدر الثمن. انتهى.

(☆) **تنبيه**: قوله بعد المسألة: (والإطلاقُ يقتضي شراء عبد مسلم، عند ابن عقيل؛ لجعله الكفرَ عيباً)، انتهى. ظاهرُه: أن غيرَ ابن عقيل يُجَوِّزُ شراءَ الكافر؛ لكونه ليس بعيبٍ عنده، وهو كذلك، إلا أن تدل قرينةٌ، فيتعين شراءُ مسلمٍ.

الحاشية

*** قوله: (وقيل: إن ذكر نوعَه)**

كذا هو في النسخ، والذي يظهر أنه رواية مقابلة لقوله: (فعنه: يصح) ويدل على ذلك قوله: (وعنه: وقدرَ ثمنِه) فيكون الصواب: وعنه: إنْ ذكر نوعَه.

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٥٢٧.

(٢) ليست في (ط).

الفروع

الأصح، وإن أمره بعكسه، فخالفه، لم يلزمه، وإن أطلق، جاز* وليس له العقدُ مع فقير وقاطع طريق إلا أن يأمرَه، نقله الأثرم، ويتعين مكانٌ عَيَّنَهُ لغرض ومشتر. وقال الشيخ: إلا مع قرينة.

وإن أمره بشراء بكذا حالًا أو[1] يبيع بكذا نساءً، فخالف في حلولٍ وتأجيل، صح في الأصح، وقيل: إن لم يتضرر، وإن أمره ببيعه بدرهم، فباعه بدينار، فوجهان(م٣٨)، وبدرهم وعرض*، فالأصح: لا يبطل في زائد بحصته وإن اختلط الدرهم بآخَرَ له، عمل بظنه. ويقبل قوله حكماً، ذكره

التصحيح

مسألة ـ ٣٨: قوله: (وإن أمره ببيعه بدرهم، فباعه بدينار، فوجهان). انتهى. أطلقهما في «الهداية»، و«المستوعب»، و«الكافي»[2]، و«المقنع»[3]، و«التلخيص»و «الرعايتين»و «الحاويين» وغيرهم:

أحدهما: يصح، وهو الصحيحُ، صححه في «المذهب»و «مسبوك الذهب»و «النظم»، و«التصحيح»، و«القواعد الفقهية»، وغيرهم، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الشرح»[3]و «الفائق» وغيرهما.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي، وهو ظاهرُ ما قدمه في «المغني»[4]، وظاهرُ ما اختاره ابن عبدوس في «تذكرته».

الحاشية

*** قوله: (وإن أطلقَ، جاز)**

أي: جاز الأمران، وهما الشراءُ في الذمة، والشراءُ بعين المال. قال في «الرعاية»: وإن أطلقَ موكلُه، فلوكيله الأمران.

*** قوله: (وبدرهم وعرض).**

أي: وإن باعه بدرهم وعرض، فيما إذا أمره ببيعه بدرهم، والزائدُ هو العرض؛ لأنَّه زائدٌ على الدرهم الذي أمره.

(١) بعدها في (ط): «لا».

(٢) ٣/ ٣١٥.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٤٩٨ ـ ٤٩٩.

(٤) ٧/ ٢٤٨ ـ ٢٤٩.

الفروع

القاضي. وإن قال: اشتر هذا بمئة، صح بأقل، نقله ابن منصور، بخلاف: لا تشتره إلا بها؛ لأنه صريحٌ، وإن قال: بمئة لا بخمسين، ففيما دون الخمسين وجهان (م٣٩).

وإن قال: اشتر عبداً بدينار، فاشترى ما يساويه بأقل، أو اثنين أحدُهما يساويه، أو كل منهما، صح، وإلا فلا، وفي الصورة الأخيرة روايةٌ في «المبهج»: فضولي. وإن أبقى ما يساويه، ففي بيع الآخر وجهان(م٤٠).

التصحيح

مسألة ـ ٣٩: قوله: (وإن قال: بمئة لا بخمسين، ففيما دون الخمسين وجهان). انتهى. قال في «الكافي»[١]، و«الرعاية الكبرى»: وإن قال: اشتره بمئة ولا تشتره بخمسين، فله شراؤُه، بما فوق الخمسين؛ لأنه باقٍ على دلالة العرف. انتهى. فدل كلٌّ[٢] منهما على أنه لا يشتريه بدون الخمسين، وقطع به في «الفصول»، وهو الصوابُ؛ لأنه منهي عنه بطريق أولى. وقال في «المغني»[٣]، و«الشرح»[٤]: فإن اشتراه بما دون الخمسين، جاز في أحد الوجهين، والثاني: لا يجوز. انتهى. وقدم ابن رزين الصحةَ.

مسألة ـ ٤٠: قوله: (وإن قال: اشتر عبداً بدينار، فاشترى ما يساويه بأقل، أو اثنين أحدهما يساويه، أو كلٌّ منهما، صح، وإلا فلا، وفي الصورة الأخيرة روايةٌ في «المبهج» كفضولي. وإن أبقى[٥] ما يساويه، فوجهان) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[٦]، و«الشرح»[٧]، و«الفائق» وغيرهم:

الحاشية

....

---

(١) ٣/٣١٦.

(٢) في النسخ الخطية: «كلا»، والمثبت من (ط).

(٣) ٧/ ٢٥٠.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٥٠٩.

(٥) في النسخ الخطية و(ط): «بقى»، والتصويب من الفروع.

(٦) ٧/ ٢٥٠ ـ ٢٥١.

(٧) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٥٠٦ ـ ٥٠٧.

الفروع

وفي «عيون المسائل»: إن ساوى كلٌّ منهما نصفَ دينار، صح للموكل لا للوكيل، وإن كان كلٌّ واحد لا يساوي نصفَ دينار، فروايتان: إحداهما: يصح، ويقف على إجازة الموكل؛ لخبر عروة[١].

وإن أمره ببيع فاسد، كشرطه على وكيل في بيع أن لا يسلم المبيعَ، لم تصح الوكالةُ.

ووكيله في خلع بمحرم كهو، فلو خالع بمباح، صح بقيمته[٢]، وإن أمر ببيع عبد، فباع بعضَه بثمن كله، صح*، وله[٣] بيعُ بقيته في الأصح، وإلا لم يصح، إن [٤]لم يبع[٤] بقِيَّته، وقيل: يصح، وقيل: عكسه.

التصحيح

أحدهما: يصح بيعُه إن كان الباقي يساوي الدينار. قال الشيخ والشارح: وهو ظاهرُ كلام الإمام أحمد؛ لأنه أخذ بحديث عروة[٥]. قال في «القواعد»: وهو المنصوص، وقدمه في «الرعاية الكبرى». قلت: وهو الصوابُ.

والوجه الثاني: لا يصح بيعُه مطلقاً؛ لأنه باع مال موكله بغير إذنه، وقيل: يصح مطلقاً، ذكره ابن رزين وقدمه. قلت: ويحتمل أن هذا ظاهرُ حديث عروة، لا القول الأول؛ لأنه لم يذكر في الحديث أن الشاةَ التي أتى بها عروة تساوي ديناراً، وإنما أتى بدينار وشاة، وقطع به ابن رزين في «شرحه»، ولكن يرده كونُه وَكَّلَه في شراء شاة بدينار، والله أعلم. والمصنف رحمه الله تابع الشيخ في «المغني»[٦]، وكذلك ابن حمدان، وقال في الفائدة العشرين من «القواعد»: لو باع أحدهما بدون إذنه، ففيه طريقان:

الحاشية

* **قوله: (فباع بعضَه بثمن كله، صح)** إلى آخره.

التقدير: صح وإلا لم يصح إن لم يبع بقيته.

---

(١) تقدم تخريجه ص ٧١.

(٢) في (ط): «تعتمته».

(٣) في (ط): «ولو».

(٤ ـ ٤) في الأصل: «بيع».

(٥) أخرج البخاري (٣٦٤٢)، عن عروة: أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه. وكان لو اشترى التراب لربح فيه.

(٦) ٧/ ٢٥١.

الفروع

ويصح بيعُ أحد عبدين وبعضِ صبرة، لم يؤمر بالبيع صفقة، وإن أمره بشراء عبدٍ، لم يصح شراءُ اثنين معاً، ويصح شراءُ واحد من أمرٍ بهما، قاله في «الانتصار». وإن (١وكل في١) قبض درهم أو دينار لم يصارف، وإن أخذ رهناً أساء ولم يضمن، قاله أحمد، وإن عين قبضه من زيد تعيّن أو وكيله، وإن قال: حقِّي الذي قبله أو عليه، فمنه أو من وراثه، وإن قال: اقبضه اليوم، لم يقبضه غداً، ولوكيله في شراء حنطة أو طعام شراءُ برٍّ فقط؛ للعادة، ذكره القاضي وغيره، لا دقيقه(هـ).

وفي «المنتخب»: يشتري خبزَ برٍّ مع وجوده؛ للعادة، ومن أمر بدفع ثوب إلى قصار معينٍ فدفعه ونسيه، لم يضمنه، وإن أطلق المالكُ، فدفعه إلى من لا يعرف عينَه ولا اسمَه ولا دكانَه، ضمنه؛ لتفريطه، ذكره ابن الزاغوني، وأطلق أبو الخطاب: إذا دفعه إليه، لم يضمن إذا اشتبه عليه، وإن وكل مودعاً أو غيره في قضاء دينٍ ولم يؤمر بإشهاد، وقيل: وتمكن منه فقضاه بدونه، ضمن، ويتوجه احتمال: إن كذبه، وعنه: لا، مطلقاً، اختاره ابن عقيل، كقضائه بحضرته، ووكيل في إيداع في الأصح فيهما، وذكره القاضي في الثانية رواية. وإن قال: أشهدت فماتوا، أو أذنت فيه، بلا بينة، أو قضيت بحضرتك، صدق الموكلُ، للأصل، ويتوجه في الأولى: لا، وأن في الثانية الخلافَ، كما هو ظاهرُ كلام بعضهم.

ويجوز توكيلُه بِجُعْلٍ معلومٍ أياماً معلومةً، أو يعطيه من الألف شيئاً

التصحيح

أحدهما: يخرج على تصرف الفضولي.

والثاني: أنه صحيح، وجهاً واحداً، وهو المنصوص. انتهى.

الحاشية

....

(١-١) ليست في (ط).

الفروع معلوماً، لا مِن كلِ ثوبٍ كذا، لم يصفه[١]، ولم يقدر ثمنَه في ظاهر كلامه. وله أجرُ مثله، وإن عَيَّن الثيابَ المعينةَ في بيع أو شراء من معين، ففي الصحة خلافٌ(م٤١)، وبعه[٢] [٣]بكذا، فما زاد، لك*. قال أحمد: هل هذا إلا كالمضاربة، واحتج أحمد بأنه يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما[٣][٤]. ويستحقُّه ببيعه نسيئةً إن صح، وهل يستحقُّه قبل تسليم ثمنِه؟ يتوجه الخلافُ.

التصحيح **مسألة ـ ٤١:** قوله: (ويجوز توكيله بِجُعْلٍ معلومٍ أياماً معلومةً، أو يعطيه من الألف شيئاً معلوماً، لا من كل ثوب كذا، لم يصفه، ولم يقدرْ ثمنَه، وإن عين الثيابَ المعينةَ في بيعٍ أو شراءٍ من معينٍ، ففي الصحة خلافٌ). انتهى:

أحدهما: يصح. قلت: وهو الصوابُ.

والقول الآخر: لا يصح.

الحاشية *** قوله: (وبعه بكذا، فما زاد، لك).**

قال أحمد: هل هذا إلاّ كالمضاربة. وجهُ كونه كالمضارب: أنه جُعل له شيءٌ غيرُ معلوم القدر، ولا محققُ الوجود، فصححه أحمد وجعله كالمضارب؛ لأن المضاربَ يجعل له شيءٌ من الربح لا يتحقق وجودُه؛ لأنه يُحتمل وجودُ الربح، ويُحتمل أن لا يحصلَ ربحٌ، فلا يحصل له شيءٌ وكذلك الجزء والمجعول له من الربح كميّة غير معلومةٍ، ولأنه لا يجعل عشرة ولا عشرون ولا نحو ذلك من الأعداد، فلمّا صح ذلك في المضارِب، صح هنا قياساً على المضارب، بل الصحةُ هنا أولى؛ لأن المضاربَ لا بُدَّ أن يُجْعَل له شيءٌ من الربح، بخلافِ الوكيل فإنه لا يشترطُ أن يُجعل له شيءٌ، وإذا صح في حقِّ من يشترط أن يُجعل شيءٌ من المال له، فَلأَنْ يصح في حقِّ غيره أولى. فصار الوكيل له ثلاثُ حالات: يجعل له جعلٌ معلومٌ على قاعدة الجعالة، وحالةٌ لا يجعل له شيءٌ، وحالةٌ: يُسلك به مسلكَ المضارب، وهي الصورة المذكورة. .

---

(١) في الأصل: «يقبضه».

(٢) ليست في (ط).

(٣ ـ ٣) وردت هذه العبارة في النسخة (ب) بعد قوله: (بأجرة مثله).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٠٢٠) وابن أبي شيبة في «مصنفه» ٦/ ١٠٥.

الفروع

وفي «المغني»[1]: يستحقُّه مالم يشترطه عليه*(م٤٢).

ويفسد بجُعْل مجهول.

ويصح تصرفُه بالإذن بأجرة مثله، وإن ادعى وكالةً في قبض حقٍّ، لم يلزمه تقبيضُه مع تصديقه، ولا الحلفُ مع تكذيبه، كدعوى وصية*، وعكسه

التصحيح

مسألة ـ ٤٢: قوله: (وبعه بكذا فما زاد، لك) صحيح. . (ويستحقُّه ببيعه نسيئةً إن صح، وهل يستحقه قبل تسليم ثمنِه؟ يتوجه الخلافُ وفي «المغني»[1]: يستحقه ما لم يشترطه عليه) قال في «الرعاية الكبرى» وله الجعل بالبيع قبل قبض الثمن إلا أن يشترطه. انتهى. وقاله في «الكافي»[2] وغيره. قلت: الصوابُ الاستحقاقُ إلا إذا قلنا: له قبضُ الثمن بقول الموكل أوبقرينة، فلا يستحقُّه حتى يَتَسلَّمَ[3] الثمنَ، والله أعلم.

تنبيه: لعل مرادَه بالخلاف: الخلافُ في وقت ملك المضارب حصتَه من الربح، هل هو بالظهور وهو المذهب، أو بالقسمة؟ وقال شيخنا: يحتمل أن تكونَ من مسألة الوكيل، هل يقبض الثمنَ؟ واقتصر عليه. وفي قبضه ثلاثةُ أقوال ذكرها المصنفُ وقدم عدمَ الجواز.

الحاشية

*** قوله: (وهل يستحقُّه قبل تسليم ثمنِهِ؟ يتوجه: الخلاف. وفي «المغني»[1] يستحقُّه ما لم يشترطه عليه).**

وفي «الرعاية»: وله الجعلُ بالبيع قبل قبض الثمن، إلاّ أن يشترطه. وأمّا الخلافُ الذي وجهه المصنفُ، فيحتمل أن يكونَ من مسألة الوكيل، هل يقبضُ الثمن؟ وقد قدم المصنفُ ثلاثةَ أقوال: أحدها: لا يملكه، وقال الشيخُ وصاحبُ «المحرر»: يملكه بقرينة، وقيل: مطلقاً فلا يسلمه قبله، فيتوجه على هذا القول: أنه لا يستحقُّه قبل تسليم ثمنه؛ لأن تسليمَ الثمن والله أعلم. يصير من جملة العمل الذي يستحقُّ الجعلَ عليه.

*** قوله: (كدعوى وصية).**

ظاهرُ كلامه: لا فرقَ بين الوصية له والوصيةِ إليه.

---

(١) ٧/ ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٢) ٣/ ٣٢٢ ـ ٣٢٣.

(٣) في (ط): «يسلم».

الفروع دعواه موت ربِّ الحقِّ، وأنه وارثُه وحده وصدقه، وإن ادعى أنه محتالٌ، فأولى الوجهين كالوكالة(م٤٣). وتقبل بَيِّنَةُ المحال عليه على المحيل، فلا يطالبه، وتعاد لغائب محتال بعد دعواه، فيقضي به له إذن. ومتى أنكر ربُّ الحقِّ الوكالةَ، حلف ورجع على الدافع إن كان ديناً، وهو على الوكيل مع بقائه أو تعديه. وإن كان عيناً، أخذها، ولا يَرجع من ضَمِنَه بها على الآخر. ومتى لم يصدق الدافعُ الوكيلَ، رجع عليه، ذكره شيخنا (و). قال: ومجردُ

التصحيح **مسألة ـ٤٣:** قوله: (وإن ادعى أنه محتالٌ، فأولى الوجهين أنه كالوكالة) انتهى. هذا الوجه الذي قال: إنه أولى الوجهين هو الصحيحُ. قال الشيخ في «المغني»[1]، والشارح: هذا الوجه أشبهُ وأولى. وجزم به الأدمي في «منتخبه»، وقدمه ابن رزين في «شرح الهداية» لوالده: أن عدمَ لزوم الدفع اختيارُ القاضي، نقله عنه في «تصحيح المحرر»، وولد المجد له «زوائد على شرح الهداية» التي لوالده، والظاهرُ: أن هذا منها. قال الشيخُ / في «المغني»[1]: لأن العلةَ في جواز منع الوكيل كونُ الدافع لا يبرأ، وهي موجودةٌ هنا، والعلةُ في وجوب الدفع إلى الوارث كونُه مستحقاً، والدفعُ إليه يبرئ، وهو مختلفٌ هنا، فإلحاقُه بالوكيل أولى. انتهى. ١٤٣

والوجه الثاني: يجب الدفعُ إليه مع التصديق، واليمينُ مع الإنكار، صححه في «التصحيح»، و«تصحيح المحرر»، و«النظم». قال في «الرعايتين»: لزمه ذلك في الأصح، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «تجريد العناية»، وأطلقهما في «الهداية»، و«عقود ابن البناء»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[1]، و«المقنع»[2]، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«البلغة»، و«المحرر»، و«الحاويين»، و«الفائق»، و«نهاية ابن رزين»، و«نظمها»، و«إدراك الغاية»، وغيرهم.

الحاشية ....

---

(١) ٧/ ٢٢٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٣/ ٥٦٧.

الفروع

التسليم ليس تصديقاً. قال: وإن صدقه، ضمن أيضاً في أحد القولين في مذهب أحمد، بل نصه (وم) لأنه متى لم يتبين صِدْقُه، فقد غره، نقل مهنَّا / فيمن بعث رجلاً إلى من له عنده دراهم أو ثياب يأخذ[١] درهماً أو ثوباً فأخذ أكثر: الضمانُ على الباعث، ويرجع على الرسول، وهو ظاهرُ كلام أبي بكر.

٢/ ٤٤

ومن أخبر بتوكيل وظن صدْقُه، تصرف* وضمن في ظاهر قوله. وقال الأزجي: إذا تصرف بناء على هذا الخبر، فهل يضمن؟ فيه وجهان، ذكرهما القاضي في «الخلاف»، بناء على صحة الوكالة وعدمها، وإسقاط التهمة في شهادته لنفسه، والأصلُ في هذا قَبُولُ الهدية إذا ظن[٢] صدقه، وإذنُ الغلام في دخوله؛ بناء على ظنه.

ولو شهد بالوكالة اثنان، ثم قال أحدُهما: قد عزله، لم تثبت الوكالةُ، ويتوجه: بلى، كقوله بعد حكم الحاكم بصحتها، وكقول واحد غيرهما. ولو أقاما الشهادةَ حسبُ، بلا دعوى الوكيلِ، فشهدا عند حاكم أن فلاناً الغائبَ وكّل هذا الرجلَ في كذا، فإن اعترف، أو قال: ما علمت هذا وأنا أتصرف عنه، ثبتت وكالتُه، وعكسُه: ما أعلم صدقهُما، وإن أطلق، قيل: فسِّر، ومن قصد بيانَ تعليق الحكم بالوصف، رتبه عليه، ولم يتعرض لجميع شروطه وموانعه[٣]؛ لأنه عسرٌ؛ إذ القصدُ بيانُ اقتضاء السبب للحكم، فلو قال: أعط هذا للفقراء أو نحوهم، استأذنه في عدوه وفاسق.

التصحيح

فهذه ثلاث وأربعون مسألة الخلاف فيها مطلق.

الحاشية

*** قوله: (ومن أخبر بتوكيل وظن صدقُه، تصرف)**

أي: صدقُ المخبر، أو ظن صدقُ الخبر.

---

(١) ليست في (ط).

(٢) في (ط): «ضمن».

(٣) في (ط): «موانقه».

الفروع ولو قال: إلا أن يكونَ أحدُهم كذا وكذا، عُدَّ لُكْنَةً وعِيّاً. ولو قال: من سرق منهم، فاقطعه[١]، حسن أن يراجعه فيمن سعى له في مصلحة عظيمة، وإن لم يحسن التقييد منه. وكذا قول الطبيب: اشربه للإسهال، فعرض ضعفٌ شديد، أو إسهال، ذكر ذلك شيخنا.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) في (ب): «فأطعمه».




كتاب الشركة






الفروع

كتاب[1] الشركة*

لا تكره مشاركةُ كتابيٍّ إن ولي المسلمُ التصرُّف. نص عليه. وقيل: ذميٍّ، وكره الأزجي، كمجوسي. نص عليه.

وتكره معاملةُ من ماله حلال وحرامٌ يُجهل، ذكره جماعة، وعنه: يحرم، قطع به في «المنتخب»، وذكره الأزجي قياسُ المذهب. ونقل جماعةٌ: إن غلب الحرامُ، وقيل: أو جاوزَ ثلثَه.

وإن خُلط زيتٌ حرامٌ بمباح، تصدق به. هذا مستهلك، والنقد يتحرى، قاله أحمد، ذكره ابن عقيل، و[2] «النوادر». ونقل أبوطالب في الزيت: أعجب إليَّ يتصدق به، هذا غيرُ الدراهم. ونقل الجماعةُ في الدراهم: تحرم إلاّ أن يكثر الحلالُ، واحتجَّ بخبر عديٍّ في الصيد[3]. وعنه أيضا: إنما قلته في درهم حرام مع آخر، وعنه: في عشرة فأقل لا، تجحف به، واختار الأصحاب: لا يخرج قَدْر الحرام. وقال شيخنا ثَمَّ: لا يتبينُ لي أن من الورع تركُه، وفي «الخلاف» في اشتباه الأواني الطاهرة بالنجسة: ظاهرُ مقالة أصحابنا يعني: أبابكر، وأبا علي النَّجاد، وأبا إسحاق: يتحرى في عشرة

التصحيح ....

الحاشية

* قال في «الفائق»، ومعناه في «الرعاية»: ويسوغ مضاربةُ اثنينِ بمال ثالثٍ، ومضاربةُ واحدٍ بمال اثنين، ولو شرطَ للعاملين جزءاً من غير تفصيل، تساويا فيه، ولو شرط مالكان لعاملهما جزءاً، صحَّ، ولو مع التفاوت، ولو تفاوتا في نصيب العامل، فباقي ربحِ كلٍّ منهما له، وفيه وجه لهما.

---

(١) في (ر): «باب».

(٢) في (ط): «في».

(٣) أخرج البخاري (٢٠٥٤) ومسلم (١٩٢٩) عن عدي قال: قلت: يا رسول الله، أُرسل كلبي وأُسمِّي، فأجد معه على الصيد كلباً آخر لم أُسمِّ عليه، ولا أدري أيهما أخذ؟ قال: «لا تأكل؛ إنما سميت على كلبك، ولم تسمِّ على الآخر».

الفروع طاهرة فيها إناء نجس؛ لأنَّه قد نص على ذلك في الدراهم فيها درهم حرامٌ، فإن كانت عشرة، أخرج قَدْرَ الحرام منها، وإن كانت أقل، امتنع من جميعها.

قال: ويجب أن لا يكون هذا حدّاً، وإنما يكون الاعتبارُ بما كثر عادة، وقيل له بعد ذلك: قد قلتم: إذا اختلط درهمٌ حرامٌ بدراهم، يعزل قدر الحرام، ويتصرَّفُ في الباقي، فقال: إن كان للدرهم مالكٌ معين، لم يجز أن يتصرف في شيءٍ منها منفرداً، وإلاّ عزل قدر الحرام، وتصرَّفَ في الباقي، وكان الفرقُ بينهما أنه إذا كان معروفاً، فهو شريكٌ معه، فهو يتوصل إلى مقاسمته، وإذا لم يكن معروفاً، فأكثر ما فيه أنه مالٌ للفقراء، فيجوز له أن يتصدق به، وقال بعد ذلك: قياس كلامه: أنه لا يتحرى في المسلوختين؛ لأنه قال في درهم غَصْبٍ اختلط بعشرة دراهمَ: يعزل قدر الحرامِ ويتصرَّفُ فيما بقي، ولم يتحرَّ في الدراهم، ومتى جهِلَ قَدْره، تَصدَّقَ بما يراه حراماً، قاله أحمد، فدل أنه يكفيه الظنُّ، وقال ابن الجوزي: قال أحمد: (١لا تبحث عن شيءٍ ما لم تعلم فهو خيرٌ١)، وبأكل الحلالِ تطمئنُّ القلوبُ وتلينُ.

ويعتبرُ في الشركة العاقدان، كوكالة.

وأقسامها الصحيحة أربعة:

أحدها: المضاربة، وهي: دفع ماله المعلوم، لا صُبْرَةَ نقدٍ ولا أحدَ كيسين، سواءٌ إلى من يتَّجر فيه بجزء من ربحه له، أو لعبده، أو أجنبيٍّ مع عملٍ منه، كنصف ربحه. وفي «عيون المسائل»: من أَحَدِ الشريكين فيها عملُ

التصحيح ....

الحاشية ....

(١ ـ ١) في الأصل: «لا يبحث عن شيء مالم يعلم فهو خير».

الفروع

بَدَن، ومن الآخر مالٌ، هو أعيانٌ تتميَّزُ بالعمل عليها، ويكون العملُ عليها ببعض نمائها. فظاهره: لا يعتبرُ حضورُ المال وقت العقد، فإن قال: وربحُه بيننا، فنصفان، وإن قال: لك والأصحَّ أو: ثلثُه، صحَّ، والباقي للآخر. وإن أتى معه برُبع عُشْرِ الباقي ونحوه، صحَّ، في الأصحِّ، ولو اختلفا لمن المشروط، فللعاملِ، وإن قال: خذه فاتجر به والربحُ كله لي، فإبضاعٌ، وإن قال: لك، فقرض[1]، وإن قال: خذه مضاربةً وربحُه لي، أو قال: لك، فسدت، ولا تصحُّ هي وشركة عنان[2] بعرَض. وفي ظاهر المذهب: وفي الصحة بمغشوشة وفلوس نافقتين وقيل: أو لا[☆] وجهان. وفي «الترغيب»: في فلوس نافقة روايتان[م١].

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (وفي الصحة بمغشوشة وفلوس نافقتين وقيل: أو لا ـ وجهان. وفي «الترغيب»: في فلوس نافقة روايتان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، ذكروه في المضاربة، و«الكافي»[3]، و«المقنع»[4]، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«المحرر»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الفائق»، وغيرهم، وأطلقهما في «الشرح»[4] في المغشوشة:

أحدهما: لا يصحُّ، وهو الصحيح، صححه في «التصحيح» وغيره، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه ابنُ رَزين في «شرحه» وغيره، وقدمه في «المغني»[5]، و«الشرح»[6]، في الفلوس، وقالا: حكمُ المغشوش حكمُ العُرُوض[7]، وقد قالا: لا

الحاشية

....

(١) في الأصل: «فعرض».

(٢) في الأصل: «أعنان».

(٣) ٣/ ٣٣٠.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ١٤.

(٥) ٧/ ١٢٥.

(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ١٦.

(٧) في (ط) و(ص): «المعروض».

الفروع

ولا أثر هنا وفي الربا وغيرهما لغش[١] يسير لمصلحته، كحبَّةِ فضَّة ونحوها في دينار، ذكره الشيخ، وعنه: الصحة بقيمة[٢] عرض وقت العقد. وفي «مختصر ابن رزين»: يصحُّ. وقيل: في الأظهر يصح بمثليٍّ، ويصحُّ تعليقها، والمنصوص: وبع هذا وما حصل من[٣] ثمنه، فقد ضاربتك به، لا: ضارب بديني على زيد، فاقبضه. ويصحُّ: اقبضه، وضارب به وبـ: وديعتي عندك، واقبضها من فلان، وضارب بها، و: ضارب بعين مالي الذي غصبته مني، وقيل: لا يزول ضمانُه إلا بدفعه ثمناً، ولا يعتبرُ قبضُ رأس المال، ويكفي مباشرتُه. وقيل: يعتبر نُطْقُه.

التصحيح

يصحُّ بالعروض، في ظاهر المذهب. نص عليه.

والوجه الثاني: يصحُّ، اختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، وقال في «الرعاية»: قلت: إن علم قدر الغش وجازت المعاملة، صحَّت الشركةُ، وإلا فلا، وإن قلنا: الفلوسُ موزونةٌ كأصلها أو أثمانٌ، صحَّت، وإلا فلا. انتهى.

قلت: الصوابُ الصحة فيها، وفي المغشوشةِ المتعامَلِ بها أولى بالصحة من الفلوس.

(☆) **تنبيه**[٤]: قوله: (نافقتين، وقيل: أو لا) يعني: على هذا القول لا يشترط أن يكونا نافقتين، أمّا المغشوشة، فلم أر ذلك فيها صريحاً إلاّ ما تقدم من كلام ابن حمدان، والظاهر: أن الذي قدمه مرادُ الأصحاب، وأنه لا بُدَّ أن يكونَ مُتعاملاً بها، وأمّا الفلوس فما قدمه المصنف هو المذهبُ، والقولُ بعدم اشتراط النَّفاق فيها هو ظاهرُ كلام جماعة من الأصحاب، منهم الشيخ في «المقنع»[٥] وغيره، وحكاه في «الشرح»[٥] وغيره قولاً كالمصنف.

الحاشية

....

(١) في (ر): «كغش»، و(ب): «بغش».

(٢) في (ب): «بقيمه».

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٤) تقدم ص ٨٣ .

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ١٤.

الفروع

وتصحُّ من مريض ولو سمى لعامله أكثرَ من أجر مثله، ويقدم بها على الغرماء.

ومساقاة ومزارعة، قيل: مثلها، وقيل: من ثلثه، كأجير(م٢). ويصحُّ فيهن شرطُ العاملِ عملَ المالكِ معه أو عبدَه، وقال الشيخ: مع علم عمله، ودون النصف، وقيل: لا يصحُّ، وقيل: يصح في عبده، كبهيمته. نقل أبوطالب، فيمن أعطى رجلاً مضاربةً على أن يخرج إلى المَوْصِل فَيُوَجِّهَ إليه بطعام فيبيعَه، ثم يشتريَ به ويوجِّهَ إليه[1] إلى المَوْصِل: قال: لا بأسَ، إذا كانوا تَراضَوا على الربح. ولا يضر عمل المالك بلا شرط. نص عليه، ولو قال رب المال لرجل: اعمل معي، فما كان من ربح فبيننا، صحَّ، نقله أبوداود.

ويصح توقيتُها على الأصحِّ، فلو قال: فإذا مضى شهر[2]، فهو قرض[3]، فمضى وهو متاع، فلا بأس، إذا باعه كان قرضاً[4]، نقله مهنا.

التصحيح

مسألة ـ ٢: قوله: (وتصحُّ من مريض ولو سمى لعامله أكثر من أجرِ مثلِهِ، ويقدم بها على الغرماء. ومساقاة ومزارعة، قيل: مثلها، وقيل: من ثلثه، كأجير) انتهى:

أحدهما: تُحسب المحاباةُ في المساقاة والمزارعة من الثلث، وهو الصحيح، جزم به في «البلغة»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم. قال في «القواعد الفقهية»: أشهر الوجهين أنه يعتبر من الثلث.

والوجه الثاني: هو كالمضاربة، جزم به في «الوجيز»، وقدمه ابنُ رزين في «شرحه»، وأطلقهما في «المغني»[5]، و«الشرح»[6].

الحاشية ....

---

(١) ليست في الأصل.

(٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) الأصل: «فرض».

(٤) الأصل: «فرضاً».

(٥) ١٣٨/٧.

(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ١٧.

الفروع ويصح: إذا انقضت السنة، فلا تشتر، وفيه احتمال.

وللمضارب أن يبيع، ويقبض، ويحيل، ويؤجر، وعكس ذلك، ويَرُدَّ بعيب للحظ، ولو رضي به شريكه ويقرّ به. وفي «التبصرة»: ولو بعد فسخها، ويسافر به، وفيه/ رواية صححها الأزجي: ويرهن، ويرتهن، ويقابل[1]، في الأصحِّ فيهن، بمجرد العقد، وعنه: بإذن[2]. وإن سافر والغالبُ العَطَبُ، ضمن، ذكره أبوالفرج. وظاهر كلام غيره: وفيما[3] ليس الغالب السلامة، ويأتي في المودع[4]، وذكر جماعة في ولي يتيم يتجر موضع أمن. ويتوجه: التسوية*، ومتى لم يعلما[5] بخوفه، أو بفلس مشتر، لم يضمنا*، ذكره

٤٥/٢

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (ويتوجه التسويةُ)

قد ذكر في المضاربِ أنه إن سافر والغالب العطب، ضمن على ما ذكره أبوالفرج، وأن ظاهرَ كلامه أيضاً: أنه يضمن فيما ليس الغالبُ السلامةَ، وذكر عن جماعة في ولي اليتيم: أنه يتجر في موضع آمنٍ، فظاهره: أنه متى لم يعرف أمنه أنه يضمن. ثم وجه المصنف التسويةَ بين المضارب ووليِّ اليتيم، فيقال في كل واحد ما قيل في الآخر، فتصير الأقوالُ ثلاثةً:

إن كان الغالبُ العطبَ، ضمن المضاربُ ووليُ اليتيم، وإلاّ فلا.

والثاني: يضمن في هذه الصورة، وفيما ليس الغالبُ السلامةَ.

والثالثُ: فرق بين المضارب وولي اليتيم، فيعتبر الأمن في ولي اليتيم، فمتى لم يكن موضعٌ آمنٌ، ضمن، وأمّا المضاربُ فيضمن إذا كان الغالبُ العطبَ، وفيما ليس الغالبُ السلامةَ على النقلِ الثاني.

* قوله: (ومتى لم يعلما بخوفه أو بفلسِ مشتر لم يضمنا).

يعني: المضاربَ وولي اليتيم.

(١) في ط: «يقابل».

(٢) في (ط): «بإذ».

(٣) في (ط): «فيمن».

(٤) ص ٢١٢ .

(٥) في الأصل: «يعلمها».

الفروع أبويعلى الصغير في شرائه من يعتق. ويتوجه: الخلاف*. وله شراءُ معيب، بخلاف وكيل، ولا يبضع[١]، على الأصحِّ، وفي الإيداع وفي «المبهج»: والزراعة[٢] ـ، روايتان[م٣].

التصحيح مسألة ـ ٣: قوله: (وفي الإيداع وفي «المبهج» والزراعة[٣] روايتان) يعني: هل له أن يودع أم لا؟ وحكاهما جماعة وجهين، وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«الكافي»[٤]، و«المقنع»[٥]، و«التلخيص»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير» وغيرهم.

إحداهما: يجوز عند الحاجة، وهو الصحيح. قال في «المغني»[٦] و «الشرح»[٥]: والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة. قال الناظم[٧]: وهو أولى، وصححه في «التصحيح» وغيره، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وهو الصواب.

والرواية الثانية: ليس له ذلك. قال في «المحرر»، و«الفائق»: ولا يملك الإيداع، في أصحِّ الوجهين، وجزم به في «المنور»، و«منتخب الأدمي». قلت: وهو ضعيف مع الحاجة.

الحاشية

* قوله: (ويتوجه الخلاف)

أي: يتوجه في ضمان المضارب ووليِّ اليتيم إذا لم يعلما الخلاف المذكورَ في المضارب، إذا اشترى من يعتق على رب المال، ولم يعلم هل يضمن أو لا؟ ومسألة المضارب ذكرها المصنف في باب الحجر، في فصل: من أذن لعبده[٨].

---

(١) في الأصل: «يتبضع».

(٢) في (ر): «المزراعة» وفي (ط): «الرعاية».

(٣) في النسخ الخطية: «الرعاية»، والمثبت من الفروع.

(٤) ٣/ ٣٣٣.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣١ـ٣٢.

(٦) ٧/ ١٣٠.

(٧) في (ط): «الناظمي».

(٨) ص ٢٢ ـ ٢٣ .

الفروع ولو اشترى خمراً جاهلاً، ضمن، نقله ابن منصور. ولا يملك (١دفعه مضاربة*١)، نقله الجماعة، وفيه تخريج من توكيله، ولا أجرة للثاني على

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (ولا يملك دفعه مضاربة)

١٥٩ أي: لا يملك المضاربُ دفعَ مالِ المضاربة إلى آخرَ/ يضاربُ به. قال في «شرح المقنع»: إذا دفعه مضاربة لآخر، لا شيء للأول؛ لأنه لم يوجد منه عملٌ، ولا مالٌ، وهل للثاني أجرة مثله؟ على روايتين:

إحداهما: له ذلك؛ لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أُجرة مثله، كالمضاربة الفاسدة.

والثانية: لا شيء له؛ لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه، أشبه الغاصبَ، وفارقَ المضاربة؛ لأنه عمل في ملك غيره بإذنه، وسواءٌ اشترى بعين المال أو في الذمة، ويحتمل أنه إذا اشترى في الذمة يكون الربح له؛ لأنه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع الشراءُ فيه لغيره، فأشبه ما لم ينقد الثمن من مال المضاربة.

قال الشريفُ أبوجعفرٍ: هذا قولُ أكثرِهم، يعني: قول مالك، وأبي حنيفة، والشافعي، ويحتمل أنه إن كان عالماً بالحال، فلا شيءَ للعامل، كالغاصب، وإن جهل الحال، فله أجر مثله يرجع به على المضاربِ الأول؛ لأنه غَرَّه واستعمله بعوض، لم يسلم له فكان عليه أجرةٌ، كما لو استعمله في مال نفسه. وقال القاضي: إن اشترى بعين المال، فالشراء باطلٌ، وإن اشترى في الذمة ثم نقد المال، وقد شرط ربُّ المالِ للمضاربِ النصفَ، فدفعه المضارب إلى آخرَ على أن لرب المال النصف، والنصفُ الآخرُ بينهما، فهو على ما اتفقوا عليه؛ لأن ربَّ المال رضي بالنصفِ، فلا يدفعُ إليه أكثرَ منه، والعاملان على ما اتفقا عليه، وهذا قول الشافعي القديمُ، وليس موافقاً لأصول المذهب، ولا لنص أحمد، فإن أحمدَ قال: لا يطيبُ الربحُ للمضاربِ، ولأن المضاربَ الأول ليس له مالٌ، ولا عمل، ولا يستحقُّ الربح إلاّ بواحدٍ منهما، والثاني عمل في مالِ غيرِهِ بغير إذنِه ولا شرطِه، فلم يستحقَّ ما شرطَهُ له غيرُه، كما لو دفعه إليه الغاصبُ مضاربةً؛ لأنَّه إذا لم يستحقَّ ما شرطه له ربُّ المال في المضاربةِ الفاسدةِ، فما شرطه له غيرُه بغير إذنِهِ أولى.

(١ـ١) في (ر): «لأن».

الفروع

ربه، وعنه: بلى، وقيل: على الأول مع جهله، كدفع غاصب، وأن مع علمه لا شيء له، وربحه لربه. وذكره جماعة: إن تعذر، رده و[1] إن كان شراؤه بعين المال، وذكروا وجها: إن كان في ذمته، أنه للثاني، ولا خلطه بغيره*، وعنه: يجوز بمال نفسه، نقله ابن منصور ومهنا؛ لأنه مأمور، فيدخل فيما أذن فيه، ذكره القاضي، ولا الاستدانة عليه، في المنصوص؛ بأن يشتريَ بأكثر من المال، وكذا بثمن ليس معه من جنسه، وجوزه الشيخ، كشرائه بفضة ومعه ذهب، أو عكسه، ولا أخذ سُفتجة[2] به ولا دفعها، فإن قال: اعمل برأيك، ورأى مصلحة، جاز الكلُّ، فلو كان مضارباً بالنصف*،

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (ولا خلطَهُ بغيره)

أي: ولا يملك خلطَ مالِ المضاربةِ بغيره.

* قوله: (فلو كان مضارباً بالنصفِ) إلى آخر الفصلِ.

مفرع على قوله: (اعمل برأيك) وأمّا إذا كان بغير إذن، فقد ذكر المصنف: أنه لا يملك دفعه مضاربة ولا لاستدانة في المنصوص، ولا أخذ سفتجة، وهنا جوز ذلك فقال: (جاز الكل). ثم قال: (والأصحُّ يجوز أخذ سفتجة) فإن قيل: قد ذكرتم أن قوله: (اعمل برأيك) إذن، وفي كلامه ما يدل على أنه لم يأذن في ذلك كله، بدليل قوله: (والمذهب لا، إلاّ بإذن) فدل على أنه لم يأذن في ذلك، فالجواب: أن المراد بقوله: (إلاّ بإذن): الإذنُ الصريحُ، وأن قولَه: (اعمل برأيك) ليس إذناً صريحاً. قال في «المحرر»: فإن قال: اعمل برأيك، فله فعل ما ذكرنا كلَّه، وليس له أن يقرض، ولا يتبرع، ولا يزوج رقيقاً، ولا يكاتبه، ولا يعتقه بمال إلاّ بإذن صريح، وقوله: (عمل بذلك. نص عليه)، وفي بعض النسخ: جاز ذلك. نص عليه، والمعنى: أنه تصح مضاربة الثاني بالربع، وليس مرادُه أن الربعَ الباقي من النصف يكون للعاملِ الأولِ، بل يصيرُ الثاني المضارَبُ. قال في

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) معنى قوله: (أخذ سُفتَجةٍ): أن يدفع إلى إنسان شيئاً من مال الشركة، ويأخذ منه كتاباً إلى موكله ببلدٍ آخر، ليستوفي منه ذلك المال. المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٠.

الفروع فدفعه لآخر بالربع، عمل بذلك. نص عليه، والأصحُّ: ويجوز أخذ سُفتجة. وقال في «المحرر»: والاستدانةُ، وعلى الأصحِّ: والزراعةُ. وقال ابن عقيل: وقرضه، وقيل: وكذا مكاتبةُ رقيق وعتقُه بمال، وتزويجه، والمذهب: لا، إلا بإذن، كتبرع[1] ونحوه. نقل حنبل: يتبرع ببعض الثمن لمصلحة.

فصل

وله أن يضارب لآخرَ، فإن أضر بالأول، حرم، فإن خالف وربح، رد نصيبه منه في شركة الأول. نص على ذلك، واختار شيخنا: لا يرده*[2]،

التصحيح ....

الحاشية «الكافي»[3]: فأما إن دفعه إلى غيره بإذن رب المال، صحَّ.

ويصير الثاني المضاربَ، فإن شرط الدافع لنفسه شيئاً من الربح، لم يستحق شيئاً؛ لأن الربح يستحق بمال أو عمل، وليس له واحد منهما. وفي «المغني»[4]، و«شرح المقنع»[5]: إذا دفعه مضاربةً بإذن رب المالِ، صحَّ، ويكون المضاربُ الأول وكيلَ ربِّ المالِ في ذلك، فإن لم يشرط لنفسه شيئاً من الربح، كان صحيحاً، وإن شرطَ لنفسه شيئاً منه، لم يصح؛ لأنَّه ليس من جهته مالٌ ولا عملٌ، والربح بواحد منهما. وفي «الرعاية»: لا يستحقُّ شيئاً. فظهر من كلامهم: أن العامل الأول لا يستحقُّ شيئاً من الربح الظاهر من عمل الثاني، فيكون كلامُ المصنف: (عمل بذلك). أي: بصحة المضاربة مع الثاني على هذا الوجه؛ لأنَّ الأول يستحقُّ الفاضلَ من النصفِ بعد الربعِ.

* **قوله: (واختارَ شيخنا: لا يردُّ)**

في بعض النسخ: واختار الشيخ. وفي «الفائق»: وليس له أن يضاربَ الآخرَ إن تضرر به الأول، وإن لم يتضرر أو أذن، جاز، ولوفعل فربح، رده في مضاربة الأول، وقال الشيخ: النظر يمنعه، ونصره شيخنا، وهو المختار.

(١) في (ب): «تبرع».

(٢) في (ب) و(ط): «يرد».

(٣) ٣/ ٣٤٤.

(٤) ٧/ ١٣١.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٥.

الفروع

كعمله في ماله أو إيجارِ نفسه. ونقل الأثرم: إذا اشترط النفقة، فقد صارَ أجيراً له ولا يضارب لغيره. قيل: فإن كانت لا تشغله؟ قال: لا يعجبني، لا بُدَّ من شغل، وعليه أن يتولى ما جرت العادةُ به، فإن فعله بأجرة، غَرمها.

وله الاستئجارُ للنداءِ على المتاعِ وما العادةُ جاريةٌ به، وليس له فعلُه ليأخذ أجرته بلا شرط، على الأصحِّ، وبذله خفارة، وعشراً على المال. قال أحمد: ما أنفق على المال، فعلى المال. وقاله شيخنا في البذل لمحارب ونحوه.

وإن عيَّن لمضاربة بلداً أو متاعاً، وقال في «الرعاية»: عام الوجود، أو نقداً، أو من يبيع أو يشتري منه. وفي «المستوعب» وغيره: أو جمعهما، وذكر في «المغني»[1]: لا جمعهما، تعين، وللمضاربِ النفقة بشرطٍ فقط. نص عليه، كوكيل، وقال شيخنا: أو عادة، فإن شرطها مطلقة، فله نفقةُ مثله والكسوةُ، ونصه من المأكول فقط. وظاهره: إلاّ أن يطول سفره ويحتاج تجديدها*[2]، فله، جزم به في «المغني»[3]. ونقل حنبل: ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه[4] غير متعدٍّ ولا مضر بالمال، ولو لقيه ببلد أذن في السفر

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (ويحتاج تجديدُها)

أي: الكسوة.

---

(١) ٧/ ١٥٦ ـ ١٥٧.

(٢) في الأصل و(ر): «تحديدها».

(٣) ٧/ ١٤٩.

(٤) في (ب) و(ط): «لنفسه».

الفروع

إليه وقد نضَّ فأخذه، فله نفقةُ رجوعه، في وجه(☆)

وله التسري بإذنه* في رواية في «الفصولِ»، والمذهب: أنه يملكها

التصحيح

تنبيهان:

(☆) **الأول**: قوله: (ولو لقيه ببلد[1] أذن في السفر إليه وقد نض الثمن كله فقبضه منه، فله نفقةُ رجوعه في وجه) انتهى. ظاهر هذا: أن المقدم لا نفقة له في رجوعه، وهو كذلك، قدمه في «المغني»[2]، و«الشرح»[3]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، وجزم به في «الرعاية».

والوجه الثاني: له النفقةُ في رجوعه. قلت: وهو الصواب.

الحاشية

* **قوله: (وله التسري بإذنه)** إلى آخره.

قال في «الفصول»: فإن شرط المضاربُ أن يتسرَّى من مال المضاربة، فقال في رواية الأثرم، وإبراهيم بن الحارث: يجوز أن يشتري المضاربُ جاريةً من المال إذا أذن له. وقال في روايةِ يعقوبِ بن بختانَ: يجوز ذلك، ويكون ديناً عليه، فأجاز له ذلك بشرط أن يكونَ المالُ في ذمتِهِ. قال أبوبكر ابن جعفر: اختياري ما نقله يعقوبُ، فكأنه جعل المسألة على روايتين، واختار هذه الروايةَ. قال شيخنا: وعندي أن المسألة روايةٌ واحدةٌ، وأنه لا يجوزُ التسرِّي من مالِ المضاربةِ إلاّ أن يجعلَ المالَ في ذمته، وعلى هذا يحمل قولُه في رواية الأثرمِ؛ لأنَّه لو كان له ذلك، لكان مستبيحاً للبضع بغير ملكِ يمينٍ ولا عقدِ نكاحٍ، وهذا لا سبيلَ إليه؛ لنص القرآنِ، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾ [المؤمنون: ٦] وليس كذلك إذا حصل الثمنُ في ذمتِهِ؛ لأنه قد ملك الأمة. انتهى.

قلت: ويمكن حمل كلامِهِ في رواية الأثرمِ على أنه أذنَ له في التملك من مال المضاربةِ ما يشتري به جاريةً يتسرَّى بها، فلا يثبت في ذمته شيء من الثمن، ويصيرُ الثمنُ كالهبةِ له، والجاريةُ ملكاً بغير شيء يثبت في ذمته، وليس دخولُ الجاريةِ في ملكِهِ موقوفاً على كون المال في ذمته؛ لإمكان

---

(١) في نسخ التصحيح «بموضع»، والمثبت من الفروع.

(٢) ٧/ ١٥٠.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٨٠.

الفروع ويصير ثمنها قرضاً، ونقل يعقوب اعتبارَ تسمية ثمنها(☆) ويعزر بوطئه، نقله ابن منصور.

التصحيح (☆) **الثاني**: قوله: (وله التسري بإذنه، في رواية في «الفصول»، والمذهب: أنه يملكها ويصير ثمنها قرضاً، ونقل يعقوب اعتبار تسمية ثمنها) انتهى.

اعلم: أن الصحيح من المذهب أنه لو أذن له في التسري، فاشترى جارية، صحَّ التسري، وملكها، وصار ثمنُها قرضاً، نص عليه في رواية يعقوب بن بختان، وعليه الأصحاب، وقطعوا به. وقال في «الفصول»: فإن شرط المضارب أن يتسرى من مال المضاربة، فقال في رواية الأثرمِ وإبراهيم بن الحارث: يجوز أن يشتري المضارب جارية من المال إذا أذن له. وقال في رواية يعقوب بن بختان: يجوز ذلك ويكون ديناً عليه، فأجاز له ذلك بشرط أن يكون المال في ذمته. قال أبوبكر: اختياري ما نقله يعقوب، فكأنه جعل المسألة على روايتين، واختار هذه. قال شيخنا: وعندي أن المسألة روايةٌ واحدةٌ، وأنه لا يجوز الشراء من مال المضاربة إلا أن يجعل المال في ذمته، وعلى هذا يحمل[1] قوله في رواية الأثرم؛ لأنه لو كان له ذلك؛ لاستباح البُضْعَ بغير ملك يمين، ولا عقدِ نكاح. انتهى كلامه في «الفصول». فنَقْلُ صاحب «الفصول» لا ينافي المذهب، أكثر ما فيه أن الإمام أحمدَ أطلقَ الرواية بالجواز إذا أذن له، وفي الرواية الأُخرى قال: يجوز ويكون ثمنها ديناً عليه، وقول أبي بكر يحتمل ما قاله ابن عقيل من أنه جعل المسألة على روايتين، وهو بعيد، ويحتمل أنه أراد أن تكون روايةَ الأثرم وإبراهيمَ، كرواية يعقوبَ

الحاشية جعل الثمن ملكاً بغير القرض، وثبوتِ المال في الذمةِ، وإذاعرف أنه يصحُّ التملكُ من غير ثبوتِ شيء في الذمة، لم يكن مستبيحاً بغير ملكٍ، بل بملكٍ حصلَ مجَّاناً وهذا ظاهرٌ، والله أعلم. فكما قيل: أذن له أن يأخذ من المال قرضاً، يقال: أذن له أن يأخذ تملكاً، والله أعلم.

وقد فهم من كلام أبي بكر أن المسألة فيها روايتان؛ فتحملُ روايةُ الجوازِ على أن الجارية تكونُ ملكاً له ولا شيءَ في ذمتِهِ، كما تقدمَ، فقول المصنف: و(المذهبُ أنه يملكُها ويكونُ ثمنُها قرضاً) يكونُ خلافَ المذهب هو الروايةُ التي قدمها، وهي أنه لا يكونُ ثمنها قرضاً لكن تكون ملكاً له مجاناً، والله أعلم.

---

(١) في (ص) و(ط): «كمل».

الفروع وقيل: يحدُّ قبل الربح، ذكره ابن رزين، وذكر غيره: إن ظهر ربح، عُزِّر، ويلزمه المهرُ وقيمتها إن أولدها، وإلاّ حُدَّ عالمٌ، ونصه: يُعَزَّرُ، ولا يطأ ربُّه الأمة ولو عدم الربح. ونقل ابن هانئ: أنه سئل: يشتري جارية، أو يكتسي ويأكل؟ قال: لا يجوز هذا إلا أن يقول: كلُّ شيء تأخذ من مضاربتك. ونقل ابنُ القاسم: إن ضارب لآخر، لم يجز، فإن أنفق على نفسه في طريقه، فعليهما بالحصص، وإن تلف بعض المال قبل تصرفه*

التصحيح مبينة لروايتهما، وأن أبا بكر اختار الحمل، وهو الصواب، وكلام القاضي يدل على ذلك، فابن عقيل لم يثبت روايةً مخالفةً للحكم من قول أبي بكر، بل[1] قال: كأنه جعل المسألة على روايتين، والمصنف أثبت روايةً في «الفصول»: بأن له التسري بإذنه من غير أن يكون ثمنها في ذمته، وليس هذا برواية بل مجرد احتمال لكلام أبي بكر، ورواية الأثرمِ، وإبراهيم بن الحارث، ويعقوب منقولات في غير «الفصول»، فكون المصنف يخص الرواية بـ«الفصول» إمّا من نقل الرواية، أو من قول أبي بكر، فيه نظر فيما يظهر، والله أعلم. وقال شيخنا: يُمكن حمل كلامه في روايةِ الأثرم[2] على أنه أذن له في التملك من مال المضاربة ما يشتري به جارية له، فلا يثبت في ذمته الثمنُ، ويصير الثمنُ كالهبةِ، وليس دخولُ الجاريةِ في ملكه موقوفاً على كون المال في ذمته، وهذا ظاهر. انتهى.

الحاشية * قوله: (وإن تلف بعضُ المالِ قبل التصرف فيه)

انفسخت فيه المضاربةُ، ظاهر «المغني»[3]: أن ما تلف قبل التصرفِ تنفسخُ فيه، ولو كان قد تصرف بشيء من المال؛ لأنه قال: لأنه مالٌ هلك على جهته قبل التصرف فيه، فكان رأسُ المالِ الباقي كما لو تلف قبل القبض، وفارق ما بعد التصرف؛ لأنه دارَ في التجارةِ، وشرعَ فيما قصدَ بالعقد من التصرفاتِ المؤديةِ إلى الربحِ، وقد ذكر فيما إذا اشترى سلعةً للمضاربةِ في الذمةِ، ثم تلفَ المالُ، أن المضاربةَ لا تبطلُ؛ لأنه دارَ في التجارة، ويكون ثمنُ السلعةِ على ربِّ المالِ،

---

(١) ليست في (ح).
(٢) ليست في (ص) و (ط).
(٣) ٧/ ١٧٦.

الفروع

فباقيه رأس المال* ....

التصحيح ....

الحاشية

وتبقى المضاربةُ في الثمنِ الذي يؤخذ منه، وأما المالُ الذي تلفَ، فإن المضاربةَ تبطلُ فيه جميعِهِ؛ لأنه تلفَ قبل التصرفِ فيه، فعرف أن الدورانَ في التجارةِ والتصرفَ على وجهٍ صار المالُ فيه إلى الغيرِ / بحيث إذا تلف كان من ضمانِ ذلك، أن المضاربةَ لا تنفسخ فيه، وإن كان التصرفُ على ١٦٠ ذلكَ الوجه مثل إن اشترى في الذمةِ، ثم تلف المالُ قبل إقباضِهِ أن المضاربةَ لا تنفسخ من أصلها؛ لكونها تبقَى في قدر الثمن الذي يؤخذُ للسلعةِ من ربِّ المال، وأنها تبطلُ في جميعِ المالِ التالفِ، لا أنَّه يُبطلُ في المال التالف فيما زادَ على ثمنِ السلعةِ، وتبقى في الثمنِ الذي يؤخذُ ثمن السلعةِ، وفي قدره من المال التالفِ، بل يبطلُ في جميعِ التالفِ، وتبقى في الثمنِ المأخوذِ فقط. وهذا التحريرُ يؤخذ من مسألةِ ما إذا اشترى سلعةً للمضاربةِ، ثم تلف المالُ، فلينظر فإنه كما ذكرتُ في «شرح المقنع»[1]: والظاهرُ أنه في «المغني»[2] كذلك. ويظهر من كلامهما أنه إذا تصرف في بعضِ المالِ على وجهٍ لا تبطلُ المضاربةُ فيه بالتلف، ثم تلفَ البعضُ الآخرُ قبل التصرفِ فيه، أنَّ المضاربةَ تبطل في التالفِ كما تقدم، والله أعلم.

* قوله: (فباقيه رأسُ المال)

معناه: أن المضاربةَ تنفسخُ فيما تلف قبل التصرفِ، ولا تجبرُ من الربح، وهذا هو المصرحُ به في كتب المذهبِ، لكن قولُ المصنِّفِ بعد ذلك: (ونقل حنبل وقبله جبر الوضيعة من ربح باقيه) يدل على أن التالفَ قبل التصرفِ يجبرُ من الربح على هذه الروايةِ. وظاهر هذه الرواية هو وجهٌ في مذهب الشافعي، وظاهر العبارة: أن الروايةَ عائدة إلى الصورِ كلِّها، وهذه الروايةُ لم أرها في غير كلام المصنف، وكون التالف قبل التصرف يجبر من الربح كما هو ظاهر هذا، هو وجهٌ في مذهب الشافعي، والمرجح في «الروضة» للشافعية خلافُهُ. وقال في «المغني»[2]: فأما إن تلف أحدُ الألفين قبل الشراء به والتصرف، أو تلف بعضه، انفسخت المضاربةُ فيما تلف، وكان رأسُ المال الباقي خاصةً. وقال بعضُ الشافعية: مذهبُ الشافعي أن التالفَ من الربحِ ورأس المال الألفان

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/١١٨.

(٢) ٧/١٧٦.

الفروع وإن تلف* أو تعيب أو خسر* ....

التصحيح ....

الحاشية معاً؛ لأن المالَ إنما يصيرُ قراضاً بالقبض، فلا فرقَ بين هلاكه قبل التصرف وبعده. ولنا: أنه مالٌ هلك على جهته قبل التصرف فيه، فكان رأسَ المال الباقي، كما لو تلفَ قبل القبضِ، وفارقَ ما بعدَ التصرف؛ لأنه دارَ في التجارة وشرعَ فيما قصدَ بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح.

تنبيه: لو تصرفَ في المال ومنه شيء لم يتصرف فيه؛ فتلف الذي لم يتصرف فيه، ظاهر عبارة «المغني»[1]: أن المضاربةَ تنفسخُ فيه؛ لقوله: إنه مالٌ هلكَ على جهته قبل التصرف فيه، وظاهره: أن ما تلف قبل التصرفِ فيه يكون الحكم كذلكَ، وإن كان قد تصرفَ بغيرِهِ. والمسألةُ لم أجدها مصرحاً بها، فيحتاج الأمرُ إلى فحص عن ذلك. وعبارة جماعة: وإن تلف بعضُ المالِ قبلَ التصرفِ فيه، يحتملُ أن يكون الضميرُ في قوله: «فيهِ»، راجعاً إلى المضاف، وهو «بعض»، ويحتمل أن يرجعَ إلى المضافِ إليه، وهو «المالُ»، فيحررُ ذلك، والذي ظهر من كلامهم: أن ما يتلف قبل التصرف فيه يبطلُ فيه وإن كان قد تصرف في غيره.

* قوله: (وإن تلفَ) إلى آخره.

معنى التلف بعد التصرف: أن يشتري سلعةً فتتلفُ، أو يشتريها، ثم يبيعُها ويتلفُ ثمنُها أو يُعيب، [٢]مثل إن[٢] اشترى سلعة قيمتُها مئةٌ، حدثَ بها عيبٌ، صارت قيمتُها خمسين.

* قوله: (أو خسر)

مرادُهُ: إذا حصل بيع أو غيرُهُ، وحصل في ذلك خسارةٌ، وأما نزولُ السعرِ والعيبُ، فهذا يمكنُ معرفتُهُ بدونِ بيعٍ، فحاصلُهُ أنه إذا حصلَ نقصٌ، جبرَ من الربحِ، سواء ظهر النقصُ بخسرانِ بيعٍ ونحوِهِ، أو عُرفَ النقصُ بدونِ خسرانٍ ظهرَ، والله أعلم.

قال في «الرعاية»: ومن الربح الكسبُ، ونتاجُ الحيوان، وولدُ الأمة، ومهرُها، وعوضُ المنافعِ من أجرة وغيرها، وأرشِ عيب قديم، ومن الخسران النقصُ بسعر ومرض وعيب طَرَأ، وفواتِ عين بتلف، أو تخريق، أو إحراق، أو سرقة، أو غصب.

---

(١) ١٧٦/٧ .

(٢ ـ ٢) ليست في (د).

الفروع

أو نزل سعره* بعد التصرف ونقل حنبل: وقبله جبر الوضيعة من ربح باقيه قبل قسمته ناضّاً أو تنضيضه مع محاسبته. [١]نص عليهما[١]، ونقل ابن منصور وحرب: إذا احتسبا وعلما مالهما. واحتجَّ به في «الانتصار»، وأنه يحتمل أن يستحق ربح ربحه. ونقل حنبل: إذا حال حوله من يوم[٢] احتسبا زكاة المضارب؛ لأنه علم ما له في المال، والوضيعة بعد ذلك على رب المال، وأحب[٣] أن لا يحاسب نفسه، يكون معه رجل من قبل رب المال، كالوصي لا يشتري من نفسه لنفسه يكونُ معه غيره. قال الأزجي: لا يجوز أن يختص رب المال بحساب المال ليس معه أحد، نقله حنبل؛ للتهمة، ولا تختص المفاضلة بمكان العقد.

وفي «الترغيب»: هل تستقر بمحاسبة دون قسمة وقبض؟ فيه روايتان، وفيه [٤]في مضاربة[٤] فيخرج مثله إذا نضَّ، فلو كانت مئةً، فخسر عشرة، ثم أخذ ربه عشرة، نقص بها وقسطها[٥] مما خسر درهم وتسع، ولو ربح في المئة عشرين فأخذها، فقد أخذ سدسه، فنقص رأسُ المال سُدُسه ستة عشر وثُلُثين، وقسطها ثلاثةٌ وثلثٌ.

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (أو نزل سعره)

مثل أن يشتري سلعةً بمئةٍ، ثم ينزلُ سعرُهَا إلى خمسين، ويبيعُها بذلكَ، ففي هذهِ المواضع كلِّها يجبرُ الوضيعة من الربحِ، فإذا كان قد ربحَ قبل ذلكَ أو حصل ربحٌ بعدَ ذلكَ، فإن الوضيعةَ تجبر منه.

(١ ـ ١) ليست في (ب).

(٢) ليست في الأصل.

(٣) في (ب): «واجب».

(٤ ـ ٤) ليست في الأصل و(ر).

(٥) في الأصل: «وخطها».

الفروع

ومن الربح: مهرٌ، وثمرةٌ، وأجرةٌ، وأرشٌ، وكذا نتاجٌ، ويتوجه وجهٌ.
وإن دفع إليه ألفين في وقتين لم يخلطهما، نص عليه، ويتوجه جوازه، وإن أذن قبل تصرفه في الأول، أو بعده وقد نضَّ[1]، جاز.

ولو تلف المالُ ثم اشترى سلعةً للمضاربةِ، فكفضولي، وإن اشتراها في الذمة ثم تلف المال* قبل نقد ثمنها، أوتلف هو والسلعة، فالثمن على رب المال، ولرب السلعة مطالبةُ كلٍّ منهما بالثمن، ويرجع به العامل، وإن أتلفه ثم نقد الثمن من مال نفسه بلا إذن، لم يرجع ربُّ المال عليه بشيء، وهو على المضاربة؛ لأنه لم يتعد فيه، ذكره الأزجي، قال: وإن أتلفه، انفسخت؛ لأنه لا يملكه ما لم يقبضه، ومن أتلفه، ضمن الربحَ للآخر. ثم إن كان تلفه بعد التصرف، فالمضاربة بحالها، وإلاّ فهي في قدر ثمنها*. ولو قُتل العبد، فالأمر لرب المال، فإن عفا على مال، فالمضاربة بحالها، كبذل[2] البيع، والزيادة على قيمته ربحٌ، ويحتمل لرب المال؛ لعدم عملٍ من العامل. قال الأزجي: وفيه نظرٌ، كبيعه بعض السلع، ومع ربحٍ القودُ إليهما.

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (وإن اشتراها في الذمةِ ثم تلفَ المالُ) إلى آخره.

يعني: إذا اشتراها في الذمةِ ثم تلفَ المالُ إن كانَ تلفُهُ بعد التصرفِ، فالمضاربةُ بحالها.

* قوله: (وإلا فهي في قدرِ ثمنِها)

أي: المضاربةُ تبقى في الثمن الذي يؤخذُ من ربِّ المالِ، وأمّا المالُ الذي تلفَ فإنَّ المضاربةَ تبطل فيه؛ لأنَّه تلفَ قبل التصرفِ فيه، ذكره في «شرح المقنع»[3]، و«المغني»[4].

---

(١) في (ط): «نص».
(٢) في (ب): «كبدل».
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ١٢٠.
(٤) ٧/ ١٧٦.

الفروع

فصل

ويَحرم قسمةُ الربح والعقدُ باق إلا باتفاقهما، وأن يأخذ المضارب منه بلا إذن. نص عليه، والمذهب: يملك حصته منه بظهوره، كالمالك، وكمساقاة، في الأصحِّ، وعنه بالقسمة، اختاره القاضي وغيره؛ لأنه لو اشترى بالمال عبدين كلٌّ واحد يساويه، فأعتقهما ربُّ المال، عتَقا، ولم يضمن للعامل شيئا. ذكره الأزجي، مع أنه ذكر أنه لو اشترى قريبه فعتق، لزمه حصته من الربح، كما لو أتلفه، وعنه: بالمحاسبة والتنضيض والفسخ، فعلى الأول، لا يستقر، لشرطه[1] ورضاه بضمانه، وفي عتق من يعتق عليه. وقيل: ولو لم يظهر ربح، وجهان(م٤).

التصحيح

مسألة ـ ٤: قوله: (وفي عتق من يعتق عليه. وقيل: [٢]ولو لم[٢] يظهر ربح، وجهان) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[٣]، و«المقنع»[٤]، و«الخلاصة»، و«الشرح» وغيرهم.

واعلم: أنه إذا اشترى من يعتق عليه بعد ظهور الربح، فهل يعتق عليه أم لا؟ في المسألة طريقان:

أحدهما: وهو الصحيح، أنه مبني على الملك بالظهور وعدمه، وعليه أكثر الأصحاب، وقطع به كثير، منهم القاضي في «خلافه»، وابنه أبوالحسين، وأبوالفتوح الحلواني، أبوالخطاب، وغيره، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«التلخيص»، والشيخ في «المغني»[٣]، والشارح، وابن مُنجًا، فإن قلنا: يملك بالظهور، عتق، على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، منهم القاضي، وقطع به في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«التلخيص»، وغيرهم. قال

الحاشية

....

(١) في (ط): «كشرطة».

(٢ ـ ٢) في (ح): «ولمن».

(٣) ٧/ ١٥٢.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٨٨.

٤٦/٢ وإتلاف/ المال كقسمه، فيغرم نصيبه، وكذا الأجنبيُّ. ويقبل قولُ
الفروع مضارب في أنه ربح أم لا، وكذا قَدْرُه. نقله ابن منصور، وذكر الحلواني فيه روايات، كعوض كتابة، الثالثةُ: يتحالفان، وجزم أبومحمد الجوزي بقول ربِّ المال.

ولو أقر به ثم ادعى تلفاً أو خسارة، قُبِلَ قوله، وإن ادعى غلطاً أو كذباً أو نسياناً، لم يُقبل، كدعواه اقتراضاً[1] تمم به رأس المال بعد إقراره به لرب المال، وعنه: يقبل. نقل أبوداود، ومهنا: إذا أقرَّ بربح ثم قال: إنما كنت

التصحيح ابن رجب في «قواعده»: وهو أصحُ، وإن قلنا: لا يملك إلا بالقسمة، لم يعتق، وإن قلنا: يملكه بالظهور، عتق عليه قدر حصته، وسرى إلى باقيه إن كان موسراً، وغرم قيمته، وإن كان معسراً، لم يعتق عليه إلاّ ما ملك. انتهى. وقاله في «المغني»، و«الشرح»، و«المستوعب»، و«التلخيص»، وغيرهم. قلت: وهو/ مرادُ من أطلقَ. ١٤٤

والطريق الثاني: لا يعتق مطلقاً، أعني: سواء ظهر ربحٌ وقلنا: يملكه بالظهور، أم لا، أو لم يظهر ربحٌ، وهو قولُ أبي بكر في «التنبيه»، فإن الملك فيه غير تامٍّ، وصححه ابن رزين في «نهايته».

تنبيه: ظهرَ مما تقدَّم: أن الأصحاب متفقون إذا ظهرَ ربحٌ في هذه المسألة على أنها مبنية على أن المضارب هل يملك حصته بالظهور أم لا؟ وهو قول الجمهور، أو أنه لا يعتق مطلقاً، وهو قول أبي بكر، والمصنف قد أطلق الخلاف مع ظهور الربح في عتقه، فإن قلنا: هو مبني على ملك العامل حصته بالظهور وعدمه، كان في إطلاقه نظرٌ ظاهرٌ؛ إذ الصحيح من المذهب أنه يملكها[2] بالظهور، والمصنف قد قال: المذهب يملكها بالظهور، وإن قلنا: إنه عائد إلى قول جمهور الأصحاب وقول أبي بكر، وهو الظاهر؛ لأنه تابعَ الشيخَ في «المغني»[3] فيما يظهر، فاختيار أبي بكر لا يقاوم قول جمهور

الحاشية ....

---

(١) في (ط): «اقتراضا».
(٢) في (ط): «يملكه».
(٣) ٧/ ١٥٢.

الفروع

أعطيك من رأس مالك، يصدق، قال أبوبكر: وعليه العمل، وخرج ببينة.

ويضمن ثمناً مؤجلاً مجحوداً [(١]لا بينة[١)] به لا حالاً، ولو قضى بالمضاربة دينه، ثم اتجر بوجهه[(٢)]، وأعطى رب المال نصف الربح، فنقل صالح: أمّا الربح فأرجو إذا كان هذا متفضلاً عليه، ويقبل قول المالك بعد الربح فيما شرط للمضارب، كقبوله في صفة خروجه عن يده، ونقل حنبل قول[(٣)] مضاربة، وأنه إن جاوز أجرةَ المثلِ، رجع إليها، وقال ابن عقيل: إلاّ ما يُتغابن به، وبينته أولى؛ لأنه خارجٌ، وقيل: عكسه، ونقل مهنا فيمن قال: دفعته مضاربة، قال: قرضاً، ولهما بينتان، فالربح بينهما نصفان، وهو معنى كلام الأزجي، وقال: وعن أحمد في مثل هذا فيمن ادعى ما في كيس، وادعى آخر نصفه، روايتان:

إحداهما: أنه بينهما نصفين.

والثاني: لأحدهما ربعُه، وللآخر ثلاثةُ أرباعه.

ولو طلب مضارب بيعاً مع بقاء قراضه وفسخه فأبى رب المال، أجبر مع ربح. نص عليه، وقيل: أو لا، فعلى تقدير الخسارة: يتجه منعه من ذلك، ذكره الأزجي، ولو انفسخ مطلقاً، والمال عرض، فاختار المالك تقويمه

التصحيح

الأصحاب حتى يطلق الخلاف من غير ترجيح، لكن الشيخ قال: إن ظهر فيه ربح، فوجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح، فإن قلنا: يملكه بالقسمة، لم يعتق، وإن قلنا: يملكه بالظهور، فوجهان، عدم العتق قول أبي بكر، والعتق قول القاضي. انتهى. والأصحاب تابعوا القاضي في هذه المسألة، والله أعلم.

الحاشية

....

(١ ـ ١) في (ب) و(ر): «إلا ببينة».

(٢) في (ط): «بوجه».

(٣) في الأصل: «قوله».

الفروع

ودفع حصته، ملكه. نص عليه، ثم إن ارتفع السعر، لم يطالبه بقسطه، في الأصحِّ. قال ابن عقيل: وإن قصد ربُّ المال الحيلة ليختصَّ بالربح؛ بأن كان العامل اشترى خَزّاً في الصيف ليربح في الشتاء، أو يرجو دخول موسم أو قَفَلٍ، وأن حقه يبقى في الربح، قال الأزجي: أصل المذهب أنَّ الحِيَل لا أثر لها، وإن لم يختر، لزم المضاربَ بيعُه، وقيل: إن لم يكن ربح أو أسقط حقه منه، فلا، فإذا لم يلزمه، ففي استقراره بالفسخ وجهان(م٥).

وذكر الشيخ وغيره: يلزمه بقَدْرِ رأسِ المال. ولو كان رأسُ المال دراهمَ فصار دنانيرَ أو بالعكس، فكَعَرْضٍ[1]، ذكره الأصحاب. وقال الأزجي: إن قلنا: هما[2] شيءٌ واحدٌ وهو قيمة الأشياء، لم يلزمه، ولا فرقَ؛ لقيام كل واحد مقامَ الآخر، فعلى هذا يدور الكلام، قال: ولو كان صحاحاً فنض قراضةً، أو مكسرةً، لزم العاملَ ردُّه إلى الصحاح، فيبيعها بصحاح أو بعَرْض، ثم يشتريها به، وإن كان ديناً، لزمه تقاضيه مطلقاً. نص عليه، وقيل:

التصحيح

مسألة ـ ٥: قوله: (ولو انفسخ مطلقاً، والمال عرض، فاختار المالك تقويمه ودفع بحصته، ملكه، نص عليه. . وإن لم يختر، لزم المضارب بيعُه، وقيل: إن لم يكن ربح أو أسقط حقه منه[3]، فلا، فإذا لم يلزمه، ففي استقراره بالفسخ وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»:

أحدهما: يستقر، وهو ظاهر ما قطع به في «المغني»[4]، و«الشرح»[5]، وغيرهما، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يستقر بالفسخ.

الحاشية

....

(١) في الأصل: «فكقرض».

(٢) في (ب): «هي».

(٣) ليست في النسخ الخطية والمثبت من (ط) .

(٤) ١٤٧/٧.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ١٣١.

الفروع

في قدره، ولا يلزم وكيلاً، وذكر أبوالفرج: يلزمه ردُّه على حاله إن فسخ بلا إذنه. قال: وكذا شريكاً، وليس لربِّ المال شراءُ المال لنفسه أو من عبده المأذون، وعنه: بلى، صححها الأزجي، كمكاتبه، فعليها يأخذ بشفعة. وكذا مضارب مع ربح، والأصح في المنصوص: وله الشراء من غير المضاربة. قال أحمد: إن لم يبعه مرابحةً، فهو أعجبُ إليَّ،

ومن اشترى نصيبَ شريكه، صحَّ*، إلا أن من علم مبلغ شيء، لم يبعه صُبْرَةً، وإلا جاز بكَيْله أو وزنه، ونقل حنبل المنع في غير مكيل وموزون*، وعلَّله في «النهاية» بعدم التعيين فيهما*، وإن مات مضارب. نص عليه،

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (ومن اشترى نصيبَ شريكه، صحَّ)

قال في «المغني»[1]: وإن اشترى أحدُ الشريكين حصَّةَ شريكه منه، جاز؛ لأنه يشتري ملكَ غيره. قال أحمد في الشريكين في الطعام يريدُ أحدُهما بيعَ حصته من صاحبِهِ: إن لم[2] يكونا يعلمان كَيْلَهُ، فلا بأس، وإن علما كيلَه، فلا بد من كيله، يعني: أن من علم مبلغ شيء، لم يبعه صُبرةً، وإن باعه إياه بالكيلِ والوزن، جازَ، وهذا معنى قولِ المصنِّف: (وإلاّ جاز بكيله أو وزنه) أي: وإن لم يبعه صُبرة، جاز بيعُهُ بكيله أو وزنه؛ لأن المانعَ من الجواز هو بيعُه صُبْرةً فإذا باعه بكيله أو وزنه، زالَ المانعُ.

* قوله: (ونقل حنبل المنعَ في غيرمكيلٍ، وموزونٍ)

الذي يظهر: أن هذه الروايةَ ترجعُ إلى قوله: (ومن اشترى نصيب شريكه، صحَّ) ولم يفرق بين المكيل والموزون وغيرهما، ثم ذكر هذه الرواية: أن غير المكيل والموزون يمنع من شراء حصة شريكه.

* قوله: (وعلّلَه في «النهاية» بعدمِ التعيينِ فيهما)

الذي يظهر: أن الضمير في قوله: (فيهما) يرجعُ إلى المكيلِ والموزون المذكورين في رواية

---

(١) ١٦٧/٧.

(٢) ليست في (د).

الفروع وعنه: غير فجأة وجهل بقاء المضاربة، فهو في تركته، عملاً بالأصل، ولأنه لما أخفاه ولم يعينه، فكأنه غاصبٌ، فيتعلق بذمته، وقيل: كوديعة، فهي[١] في تركته، في الأصحِّ، وفيها في «الترغيب»: إلا[٢] أن يموت فجأة، زاد في «التلخيص»: أو يوصي[٣] إلى عَدلٍ، ويذكرُ جنسَها، كقوله: قميص فلم يوجد، وإن مات وصيٌّ وجُهل بقاءُ مال مُوَلِّيه فيتوجه كذلك. قال شيخنا: هو في تركته، ولو أراد المالك تقرير وارثه، فمضاربةٌ مبتدأةٌ، ولا يبيع عَرْضاً بلا إذنه، فيبيعه حاكم ويقسم الربح. ووارث المالك كهو، فيتقرر ما لمضارب، ويقدم على غريم، ولا يشتري وهو في بيع، واقتضاء دين كفسخها، والمالك حي، وإن أراد المضاربة والمال عرض[٤]، فمضاربةٌ مبتدأةٌ. وظاهر كلامه: يجوز ولو لم يعمل المضارب، إلا أنه صرف الذهب بالورق، فارتفع الصرف، استحقَّ لما صرفها، نقله حنبل، ولو دفعَ عبدَه أو دابتَه إلى من يعمل بهما بجزء من الأجرة، أو ثوباً يُخيطه، أو غزلاً ينسجه ونحوه[٥] بجزء من ربحه، أو بجزء منه، جاز. نص عليه، وعنه: لا، اختاره ابن عقيل، ومثله حصادُ زرعه، وطحنُ قمحه، ورضاعُ رقيقه، وكذا بيعُ متاعه بجزء من

التصحيح ....

الحاشية حنبل، لأن روايةَ حنبل، أنَّ غير المكيل والموزون يمنعُ من بيعه، وظاهرُهُ: أنَّ المكيل والموزون لا يمنعُ من البيع فيهما، فذكر صاحبُ «النهاية» الفرق بين المكيل والموزون وغيرهما، وهو أن المكيل والموزونَ يقع العقدُ فيهما على غير متعين.

---

(١) في (ب) و(ط): «وهي».
(٢) ليست في الأصل.
(٣) في (ط): «الوصي».
(٤) في (ط): «عوض».
(٥) بعدها في الأصل «من».

الفروع

ربحه، واستيفاءُ مال بجزء مشاعٍ منه، ونحوه، وكذا غَزوُه بدابة بجزء من[(١)] السهم. ونقل ابنُ هانئ، وأبوداودَ: يجوز، وحمله القاضي على مدة[(١)] معلومة، كأرضٍ ببعض الخارج، وهي مسألة قفيز الطحان.

وفي «عيون المسائل»: مسألة الدابة، وأنه يصح على رواية المضاربة بالعُرُوض، وأنه ليس شركةً. نص عليه في رواية ابن أبي حرب، وأن مثله الفَرَسُ بجزء من الغنيمة ونقل مهنا في الحصاد: هو أحبُّ إليَّ من المقاطعة، وعنه: وله معه جُعلٌ؛ نقدٌ معلومٌ لعامل. قال أبوداود: باب الرجل يَكري دابتَه على النصف وبالسهم: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الدمشقي أبوالنضر[(٢)]، حدثنا محمد بن شعيب، أخبرني أبوزرعة يحيى بن أبي عمرو الشيباني، عن عمرو بن عبدالله أنه حدثه، عن واثلة بن الأسقع، قال: نادى رسولُ اللّه ﷺ في غزوة تبُوكَ، فخرجت إلى أهلي، فأقبلت[(٣)] وقد خرج أول صحابة رسول اللّه ﷺ، فطفقت في المدينة أنادي: من يحمل رجلاً له سهمه؟ فنادى شيخٌ من الأنصار: لنا سهمُه على أن نحمله عُقبَةً وطعامُه معنا. قلت: نعم، قال: فَسرْ على بركة اللّه، قال: فخرجت مع خير صاحب، حتى أفاء اللّهُ علينا، فأصابني قلائصُ فسُقتُهُنَّ حتى أتيته، إلى أن قال: إنما هي غنيمتك التي شرطت، قال: خذ قلائصكَ يا ابنَ أخي، فَغَيْرَ سهمك أردنا[(٤)]. عمرو تفرد عنه أبوزرعة، ووثقه ابن حبان، وقوله: غير سهمك

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) ليست في (ط).

(٢) في الأصل و(ر): «أبو النصر».

(٣) ليست في النسخ الخطية، وفي (ط): «فقلت»، والمثبت من مصدر التخريج.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٦٧٦).

الفروع أردنا، قال الخطابي: يشبه أن معناه: إنما أردت مشاركتك في الأجر.

وعنه: له دفع دابته أو نخله لمن[١] يقوم به بجزء من نمائه، اختاره شيخنا، والمذهب: لا؛ لحصول نمائه بغير عمله، وبجزء منه يجوز مدةً معلومةً، ونماؤُه ملك لهما.

فصل

الثاني: شركةُ العنان، وهي: أن يشتركا بمالَيْهما المعلومَين بما يدل على رضاهما بمصير كلِّ واحد[٢] منهما لهما، ولو اشتركا في مختلط بينهما شائعاً، صحَّ إن علما قَدْر ما لكلٍّ منهما.

ويغني لفظ الشركة، على الأصحِّ، عن إذن صريح بالتصرف، وهو المعمول عليه عند أصحابنا، قاله في «الفصول».

ويعتبر حضورُ مالَيْهما لتقدير[٣] العمل، وتحقيق الشركة إذن، كمضاربة. قال[٤] أحمد: إنما تكونُ المضاربةُ على شيء حاضر، وقيل: أو أحدهما، ولو اختلفا جنساً وقَدْراً وصفَة، ليعملا فيه والأصح أو أحدهما لكن بشرط أن يكون له أكثرُ من ربح ماله، وبقدره إبضاع، وبدونه لا يصح/ وفيه وجه: ٢/٤٧ ولا يعتبر خلطهما؛ لأنَّ مَوْرِدَ عقد الشركة ومحلَّه العملُ، والمالُ تابعٌ، لا العكس، والرِّبحُ نتيجةُ[٥] مورد العقد، قال: والعمل يصيرُ معلوماً بإعلام

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) في الأصل: (لم).

(٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) في (ر): «كتقدير» و(ط) «لتقرير».

(٤) في (ط): «قاله».

(٥) في (ب): «ينتجه».

الفروع

الربح. ويتوجه: [١]أو لا[١]، كجَعالة. وإن تلف أحدهما قبل الخلط، فمنهما، كنمائه؛ لصحة القسمة[٢] بالكلام، كخَرْص ثمار، فكذا الشركة، احتج به أحمد، قاله[٣] شيخنا، وعنه: من ربه. ويُقبل إقرارُ أحدهما بعينٍ ودينٍ على المال قبل الفرقة بينهما[٤]، في وجه، وفي آخر: في نصيبه[م٦] وكذا

التصحيح

مسألة ـ ٦: قوله في شركة العنان: (ويُقبل إقرارُ أحدِهما بعينٍ ودَيْنٍ على المال قبل الفرقة بينهما، في وجه[٥]، وفي آخر: في نصيبه) انتهى.

القول الثاني: اختاره القاضي في «خصاله»، وصححه الناظم. قلت: وهو الصواب، وهل هو إلاّ وكيل في حصة شريكه، وقد قال الأصحاب: يُقبل إقرارُ الوكيلِ في كلِّ تصرف وُكِّلَ فيه، وهذا كذلك.

والقول الثاني: هو الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وقطع به في «الكافي»[٦]، و«المغني»[٧]، و«الوجيز»، وغيرهم، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[٨]، و«الشرح»[٨]، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح ابن مُنجَّا»، وابن رزين، وغيرهم. وقال في «المغني» أيضاً وغيره: وإن أقرَّ ببقية ثمنِ المبيع[٩]، أو بجميعه، أو بأجر المنادي أو الحمال، وأشباه هذا، ينبغي أن يُقبل؛ لأنَّ هذا من توابعِ التجارةِ، فكان له ذلك، كتسليمِ المبيع[٩] وأداء ثمنه. انتهى.

الحاشية

....

(١ ـ ١) في (ط): «لا أو».

(٢) في الأصل و(ب): «القسم».

(٣) في (ط): «قال».

(٤) ليست في الأصل.

(٥) في (ط): «وجهه».

(٦) ٣/ ٣٣٤.

(٧) ٧/ ١٣٩.

(٨) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٤.

(٩) في (ط): «البيع».

الفروع مضارب(م٧). وفي حبس غريم، مع منعِ الآخر منه[١] روايتان(م٨)، وله تأخيرُ حقِّه من الدَّيْن، وقيل: وحقٍّ الآخر، ويضمنه، وفي تقاسم دَيْنٍ في ذمَم لا ذمَّة روايتان(م٩).

التصحيح **مسألة ـ ٧**: قوله: (وكذا مضارب) يعني: أنَّ حكمَ إقرار [٢]المضارب حكم إقرار أحد[٢] شريكي العنان خلافاً ومذهباً على ما تقدم، والصواب هنا أيضاً القبول، والصحيح من المذهب عدمه.

مسألة ـ ٨: قوله: (وفي حبسِ غريمِ مع[٣] منع الآخر منه روايتان) انتهى. وأطلقهما أبوبكر في «التنبيه»، نقله عنه في «المستوعب».

إحداهما: له ذلك. قلت: وهو الصواب؛ لأنه ربما كان في تركه هلاكُ مالِ مَنْ أراد حَبْسَه، وهو واضحٌ جدّاً، وأيضاً فالذي يريد حبسه له عنده حقٌّ قطعاً، فما المانع من حبسه؟.

والروايةُ الثانية: ليس له ذلك. قال أبوبكر: وقد مَثَّلَه بعضُ أصحابِنا بالقاتل إذا طلب أحدُ الوليين قتلَه ومنع الآخر، لم يجز قتله حتى يتفق عليه. انتهى. قلت: ليست هذه المسألة كمسألة القتل لمن تأمله!.

مسألة ـ ٩: قوله: (وفي تقاسم دين في ذمم لا ذمة روايتان)، انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«المقنع»[٤]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم:

إحداهما: لا يصح، وهو الصحيح. قال في «المغني»[٥]: هذا الصحيح، وصححه في «التصحيح». قال ابن رزين في «شرحه»: لا يصحُّ في الأظهر. قال في

الحاشية ....

---

(١) في (ط): «من».
(٢ ـ ٢) ليست (ط).
(٣) في (ط): «على».
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٩.
(٥) ٧/ ١٩١ ـ ١٩٢.

الفروع

فإن تكافأت، فقياس المذهب من الحوالة على مليء وجوبه، قاله شيخنا، والشريك كمضارب فيما له وعليه، ويمنع منه، ولا يصح شراؤه في حصته، وفي حصة شريكه تفريقُ الصفقة، ويتخرج الصحة من شراء رب المال؛ وإن عزل أحدُهما الآخرَ تَصرَّفَ المعزولُ في قَدْرِ نصيبه، ولو قال: فسختُ الشركة، انعزلا[١]، وعنه: إن كان المال عَرْضاً، لم ينعزل كلٌّ منهما حتى ينضَّ، والمذهب الأول؛ لأنها وكالةٌ والربح يدخل ضمناً، وحق المضارب أصلي، وهل كلٌّ منهما أجيرٌ مع صاحبه؟ فيه خلاف؛ فإن كان فما[٢] ادعى تلفه* بسبب خفي، خرج على روايتين، قاله في «الترغيب»، وإلا قُبل(م١٠، ١١).

التصحيح

«تجريد العناية»: لا يقسم، على الأشهر، وجزم به «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الخلاصة»، و«الشرح»[٣].

والرواية الثانية: يصحُّ، صححه الناظم، واختاره الشيخ تقي الدين، وقدمه في «الرعايتين».

مسألة ـ ١٠، ١١ قوله: (وهل كلٌّ منهما أجيرٌ مع صاحبه؟ فيه خلاف، فإن كان فما ادعى تلفه بسبب خفيٍّ، خرج على روايتين، قاله[٤] في «الترغيب»، وإلاّ قُبل) انتهى. فيه مسألتان:

الحاشية

*** قوله: (وهل كلٌّ منهما أجيرٌ مع صاحبٍ؟ فيه خلاف؛ فإن كان فما[٥] ادَّعى تلفه)** إلى آخره.

يحتمل أن يكون: فإن كان أجيراً مع صاحبه، فما ادعى تلفَهُ بسببٍ خفيٍّ، خرج على روايتين.

---

(١) ليست في الأصل.

(٢) في الأصل: «فيما»، وفي (ر): «مما».

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/٣٩.

(٤) في (ط): «قال».

(٥) في (ق): «ما».

الفروع

ويُقبل قولُ ربِّ اليد[1] أن ما بيده له، وقول منكر القسمة، وإن علم عقوبةَ سلطان ببلد بأخذ مال، فسافر، فأخذه، ضمنه؛ لتعريضه للأخذ، ذكره في «النوادر»، وإن استأجر أحدهما الآخرَ في ما لا يستحق أجرتَه إلا بعمل فيه، كنقل طعام بنفسه أو غلامه أو دابته، جاز، نقله الأكثر، كداره. وعنه: لا؛ لعدم إمكان إيقاع العمل فيه؛ لعدم تمييز نصيبهما، اختاره ابن عقيل. ويحرمُ على شريك في زرع فَرْكُ شيءٍ من سنبله يأكله بلا إذن، ويتوجه: عكسه. ولو كتب رب المال للجابي والسِّمْسارِ ورقةً ليسلمها إلى الصيرفيِّ المتسلم ماله، وأمره أن لا يسلمه حتى يقبض منه، فخالف، ضمن؛ لتفريطه، ويُصدَّق الصيرفيُّ مع يمينه، والورقةُ شاهدةٌ له؛ لأنه

التصحيح

المسألة الأولى ـ ١٠: ومسألة صاحب «الترغيب». قال في «الرعاية الكبرى»: وكلٌّ منهما أمين الآخر ووكيله، فإن ادَّعى هلاكَه بسببٍ خفيٍّ، صُدِّق، في الأصحِّ، وإن ادَّعى هلاكَه بسببٍ ظاهر، لم يضمنه إذا أقام بينةً وحلف معها أنه هلك به. انتهى. فصحح أنه يصدق إذا ادعى أنه هلك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه. انتهى. وكذا قال في «التلخيص»، وقال أيضاً: كلُّ واحد منهما أمينٌ في حقِّ صاحبه، فلا ضمان عليه فيما تلف في يده من مال الشركة بغير تفريطٍ منه ولا تعدٍّ، وما يدعي هلاكَه بسبب خفيٍّ، يخرج على تردد الأصحاب في كونِ كلِّ واحدٍ منهما أجيراً مع صاحبه أم لا؟ فمن قال: هو أجير، خرج على روايتين سبقتا، ومن قال: ليس بأجير، قُبل قولُه مع خفاء السبب؛ لأنَّ إقامةَ البينة عليه عسيرٌ، وما يدعيه بسببٍ ظاهرٍ، فلا ضمان عليه، ويكلَّفُ إقامة البينة عليه، ثم القول قوله في هلاكه بذلك السبب مع يمينه. انتهى. وكلامه في «التلخيص» ككلامه في «الترغيب»، كما نقله المصنف عنه، والذي يظهر أن المسألتين من كلام صاحب «الترغيب»، يدل عليه كلامه في «التلخيص».

الحاشية

....

---

(١) في الأصل: «المال».

الفروع

العادةُ، ذكره شيخنا.

الثالث: شركة الوجوه، وهي: أن يشتريا في ذممهما بجاههما شيئاً يشتركان في ربحه، عَيَّنا جنسه، أو قَدره، أو وقته، أو لا، فلو قال كل منهما للآخر: ما اشتريتُ من شيء فبيننا، صحَّ، والملك بينهما على ما شَرَطا، وهما كشريكيّ عنان. وهل ما يشتريه أحدُهما بينهما، أم بالنية[1] كوكيل؟ فيه وجهان، ويتوجه في عنان: مثله، وقطع جماعة بالنية(م١٢).

الرابع: شركة الأبدان، وهي: أن يشتركا فيما يتقبلان في ذممهما من عمل. قال أحمد: الشركة عندنا بالكلام، واحتجَّ بأنَّ ابنَ مسعودٍ وعماراً وسعداً اشتركوا، قالوا: ما أصبنا من شيء[2]، فبيننا[3]. وما تقبله أحدهما، ففي ضمانهما ويلزمهما عمله، وذكر الشيخ احتمالاً(☆).

التصحيح

مسألة ـ ١٢: قوله في شركة الوجوه: (وهل ما يشتريه أحدُهما بينهما أم بالنية كوكيل؟ فيه وجهان، ويتوجه في عنان: مثله، وقطع جماعة بالنية) انتهى. قال في «الرعاية الكبرى»: وهما في كلِّ التصرُّف وما لهما وعليهما، كشريكي العنان، وقال في شريكي العنان: وكلُّ واحد منهما أمينُ الآخرِ ووكيلُه، وإن قال لما بيده: هذا لي، أو: لنا، أو: اشتريتُه منها لي، أو: لنا، صُدِّقَ مع يمينه، سواء ربح أو خسر. انتهى. فدل كلامه أنه لابد من النية. قلت: وهو الصواب، وكذلك هو الصواب في شركة العنان، والله أعلم.

(☆) **تنبيه**: قوله في أول شركة الأبدان: (وذكر الشيخ احتمالاً) انتهى. الاحتمالُ الذي ذكره المصنف عن الشيخ إنما ذكره الشيخُ عن القاضي لا عن نفسه؛ فالاحتمال للقاضي لا للشيخ.

الحاشية

....

---

(١) في (ر): «البينة».

(٢) في (ب): «سبي».

(٣) أخرجه أبو داود (٣٣٨٨)، والنسائي ٧/ ٢٨٠، وابن ماجه ٢/ ٧٦٨.

الفروع ويقبل إقراره بما في يده عليهما، ويصحُّ مع اختلاف الصنعة، في الأصحِّ.

والشركةُ والوكالةُ في تملك مباح، في الأصحِّ، كالاستئجار عليه، ولو مرض أحدهما والأصحُّ: أو تركه بلا عذر فالكسب بينهما، وله مطالبته بمن يقوم مَقامه. وإن اشتركا بدابتيهما ليحملا عليهما ما تقبلا حمله في الذمة، صحَّ، وإن اشتركا في أجرة عين الدابتين أو أنفسهما إجارة خاصة، لم يصحَّ، في الأصحِّ، وتصحُّ شركةُ شُهودٍ، قاله شيخنا. قال: وللشاهد أن يقيم مقامه إن كان على عمل في الذمة، وإن كان الجعل على شهادته بعينه، فالوجهان، وصحح جوازه، وللحاكم إكراههم؛ لأنَّ له نظراً للعدالة وغيرها، وقال أيضاً: إن اشتركوا على أنَّ كلَّ ما حَصَّلَه كلٌّ واحدٍ بينهم، بحيث إذا كتب أحدُهم وشهد، شاركه الآخرُ وإن لم يعمل، فهي شركة الأبدان، تجوز حيث تجوز الوكالةُ. وأمّا حيث لا تجوز، ففيه وجهان، كشركة الدَّلاَّلِين، ومُوجِبُ العقدِ المطلقِ التساوي في العمل والأجر، وإن عمل واحدٌ أكثر ولم يتبرع، طالب بالزيادة، ولو اشترك[1] ثلاثةٌ، لواحد دابةٌ، ولآخر راويةٌ[2]، وثالث يعمل، صحَّ في قياس نصه، اختاره الشيخ على شرطهم، وكذا أربعةٌ، لواحد دابة، وآخر رحى، ولثالث دكان، ورابع يعمل، وعند الأكثر فاسدتان، وللعامل الأجرةُ، وعليه لرفقته أجرة آلتهم.

وقيل: إن قصد السَّقَّاء أخذ الماء، فلهم، ومن استأجر من الأربعة ما

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) في (ط): «اشترى».

(٢) في (ط): «دابة»، والراويةُ: المزادةُ، والبعيرُ، والبغلُ، والحمارُ يستقى عليه. «القاموس»: (روي).

الفروع ذكر، صحَّ، والأجرة بقَدْر القيمة أو أرباعاً، (١كتوزيع المهر، وإن تقبل الأربعة الطحن في ذممهم، صحَّ، والأجرةُ أرباعاً١)، ويرجع كل واحد على رُفقته(٢)؛ لتفاوت قَدْر العمل بثلاثة أرباع أجر المثل، وإن قال: آجر(٣) عبدي، وأجرته بيننا، فله أجر مثله.

ولا تصحُّ شركة الدلالين، قاله في «الترغيب» وغيره؛ لأنه لا بد فيها من وكالة، وهي على هذا الوجه لا تصحُّ، كـ: آجر دابتك، والأجرة بيننا. وفي «الموجز»: تصحُّ، وقاله في «المحرر»، إن قيل: للوكيل التوكيل، وهو معنى «المجرد»، وقال شيخنا: وتسليم الأموال إليهم مع العلم بالشركة إذنٌ لهم.

قال: وإن باعَ كل واحد ما أخذ ولم يعط غيره، واشتركا في الكسب، جاز في أظهر الوجهين، كالمباح، ولئلا تقع منازعة. ونقل أبوداود في رجل يأخذ ثوباً يبيعه فيعطيه آخر يبيعه ويناصفه الكراء: الكراء لبائعه، إلاّ أن يكونا اشتركا فيما أصابا، وذكر الشيخ: أن قياس المذهب في الإجارة جوازه، وقال القاضي وأصحابه: إذا قال: أنا أتقبل العمل وتعمله أنت والأجرة

التصحيح **فائدة:** (٤قال أبوالعباس عن رواية أبي داود: هذا نصٌّ منه على جواز اشتراك الدلالين، فإن بيع الدلالِ وشراءه بمنزلة خياطة الخياط ونجارة النجار، وسائر الأُجَراء المشتركين، ولكل منهم أن يستنيب وإن لم يكن للوكيل أن يوكل، وإنما مأخذ المانعين كالقاضي ومن تبعه أن الدلالة من باب الوكالة، وسائر الصناعات من باب الإجارة، وليس الأمر كذلك، وقال أبوالعباس أيضاً: محل الخلاف الاشتراك في الدلالة التي فيها عقد، فأمّا مجرد النداء والعرض وإحضار الديون، فلا خلاف فيه، والله أعلم٤).

الحاشية ....

(١ـ١) ليست في (ط).

(٢) في الأصل: «رفيقه».

(٣) في الأصل: «آخر».

(٤ ـ ٤) هذه الفائدة جاءت في هامش الأصل.

الفروع بيننا، جاز؛ جَعْلاً لضمان المتقبل كالمال*، وليس لولي الأمر المنع بمقتضى مذهبه في شركة الأبدان، والوجوه، والمساقاة، والمزارعة، ونحوها، مما يسوغ فيه الاجتهاد، قاله شيخنا.

فصل

وربحُ كلِّ شركة على ما شرطا، ولو تفاضلا ومالُهما سواء. نص عليه، وقال القاضي وابن عقيل في شركة الوجوه: على قدر ملكيهما؛ لئلا يأخذ ربح ما لم يضمن، والوضيعة على المال[1]. نص عليه، فإن شرطا لهما أو لأحدهما ربحاً مجهولاً، أو مثل ما شرط فلان لفلان، أو معلوماً وزيادة درهم، أو[2] إلا درهماً، أو ربح نصفه، أو قَدْر معلوم أو سفرة، أو عام، أو أهملاه، فسد العقد، وإن شرط فاسداً لا يعود بجهالة ربح، كوضيعة[3] ماله أو بعضه على صاحبه، أو لزوم العقد، أو خدمة، أو قرض، أو مضاربة أخرى، أو شرطه لأجنبي، أو أن ما أعجبه أخذه بثمنه، أو الارتفاق بالسلع، فالمذهب صحة العقد. نص عليه، وعنه: لا.

٢/٤٨ ولا ضمان في مضاربة فاسدة/ ، وإن اشتركا في كل ما ثبت لهما أو عليهما[4]، فإن لم يدخل فيها كسب نادر وغرامة، كلقطة وضمان مال،

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (جعلاً لضمانِ المتقبِّلِ كالمالِ)

أي: أشبه ما لوكان من أحدهما المالُ، ومن الآخر العملُ.

(١) في الأصل و(ر): «الملك».
(٢) ليست في الأصل.
(٣) في (ط): «كوضعية».
(٤) بعدها في (ط): «وعليهما».

الفروع

صح. وإن دخل فيه[١] فشركة مفاوضة فاسدة. نص عليه، وأطلق في «المحرر»: إن شرط أن يشتركا في كل ما ثبت لهما أو عليهما، كشرط فاسد، كما سبق، وذكره في «الرعاية» قولاً، وفي طريقة بعض أصحابنا: شركة المفاوضة: أن يقول: أنت شريك لي في كل ما يحصل لي بأي جهة كانت من إرث وغيره، لنا فيها روايتان، المنصور: لا يصح. [٢]وذكر في «المحرر» أنه كشرط فاسد*[٢]، وإذا فسد، فربح المضاربة للمالك، وللعامل أجرة مثله، ولو خسر*. وربح شركة عنان*، ووجوه بقدر ملكيهما، وأجرة ما تقبلاه في الأبدان بالسوية، ويرجع كل واحد على الآخر [٣]في الثلاثة*[٣]

التصحيح ....

الحاشية

*** قوله: (وذكر في «المحرر» أنه كشرط فاسد)**

كذا في الأصول، وهو مكرر، وفي نسخة لم يذكره.

*** قوله: (ولو خسر)**

من تمامِ ما قبله، أي: للعاملِ أجرةُ مثله ولو خسر.

*** قوله: (وربح شركة عنان)**

كلام مبتدئ.

*** قوله: (في الثلاثة)**

هي شركة العنان، والوجوهِ، والأبدان، [٤]ووجهُ[٤] رجوعه بنصف أجرة عمله: أنه عمل لغيره بإذنه بشرط عوض، ولم يحصل على الوجه المشروط، فرجع بأجرة مثله، كالمضارب، ووجه عدمِ الرجوع إن عمل لغيرِه، ليحصل له جزءٌ من الربح في شركة العنان والوجوه، ومن الأجرة في شركة الأبدان، وقد حصل له جزءٌ من ذلك، فلم يغيره، أشبه ما لو حصل/ على الوجه المشروط، ووجه ١٦١

---

(١) ليست في الأصل، و(ط).

(٢ ـ ٢) ليست في (ب).

(٣ـ٣) ليست في (ر).

(٤ ـ ٤) في (د): «وجه».

الفروع بنصف أجرة عمله، في الأصحِّ، وعنه: إن فسد، لا بجهالة الربح، وجب المسمى، وذكره شيخنا ظاهر المذهب.

وأطلق في «الترغيب» روايتين، وأوجب شيخنا (١في الفاسدة١) نصيب المثل، فيجب من الربح جزء جرت(٢) به العادة في مثله، وأنه قياس مذهب أحمد؛ لأنها عنده مشاركة لا من باب الإجارة. وإن تعدى، ضمن، وربحه لربه، نقله الجماعة، واحتجَّ بخبر عروة، وهو المذهب عند أبي بكر والشيخ وغيرهما.

وذكر جماعة: إن اشترى بعين المال، ففضولي، ونقله أبوالحارث(٣)، وهو أظهر، وذكر بعضهم: إن اشترى في ذمته لرب المال ثم نقده وربح ثم أجازه، فله الأجرة، في رواية، وإن كان الشراء له(٤)، فلا، وعنه: له أجر مثله.

وفي «المغني»(٥): ما لم يحط بالربح*، ونقله صالح، وأنه كان يذهب

التصحيح ....

الحاشية القول الثالث أن الفسادَ بغيرِ جهالةِ الربح، يمكن الرجوعُ معه إلى المسمَّى، فرجع إليه، ومع جهالة الربح، لا يمكن الرجوعُ، فرجع إلى الأجرة، وحيث تساوى أجرةُ كلٍّ واحد منهما على القول بالرجوع، حصلت المقاصَّةُ وسقطا، مثل أن يكون أجرةُ كلٍّ واحد منهما عشرة، وإن كان أجرةُ أحدهما عشرةً وأجرةُ الآخر خمسة، سقطَ من العشرة خمسةٌ في مقابلة الخمسة، ووجب عليه الزائدُ، واللهُ أعلم.

* **قوله: (وفي «المغني»: ما لم تحط بالربح)**

أي: ما لم تحط أجرةُ مثلِهِ بالربح، أي: تستغرقه.

(١-١) ليست في الأصل.

(٢) في (ط): «جرب».

(٣) في (ط): «أبو داود».

(٤) ليست في (ب) و(ر).

(٥) ٧/ ١٦٣.

الفروع

إلى أن الربح لرب المال، ثم استحسن هذا بعد، وعنه: له الأقل، أو ما شرطه، وعنه: يتصدقان به، وذكر شيخنا: ظاهر المذهب أنه بينهما، وفي بعض كلامه: إن أجازه بقدر المال والعمل*، وجعل مثله من اتجر بمال الغير أو قام بعين فسخت[١]، أو زرع أرضاً، فتبين هي أو بعضها لغيره، أو الفلاحُ الأول، حرثها، وقال: كذا جعله عمر لما أقرض أبوموسى لابنه[٢] وأخذه[٣] من بيت المال[٤].

وفي «الموجز» فيمن اتجر بمال غيره مع الربح[٥]: له أجرة مثله، وعنه: يتصدق به، وإن قال: اتجر به في هذا الموضع، ضمن النقد؛ لأنه قرضٌ، وفي المنفعة احتمالان في «الانتصار». وفي «الفصول»: لو قال: اشتر به كذا، ولم يقل: وبعه، فعند شيخنا مضاربةٌ فاسدةٌ، والأصحُّ توكيلٌ[(م١٣)].

التصحيح

مسألة ـ ١٣: قوله: (وإن قال: اتجر به في هذا الموضع، ضمن النقد؛ لأنه قرضٌ، وفي المنفعة احتمالان في «الانتصار». وفي «الفصول»، لو قال: اشتر به كذا، ولم يقل: وبعه، فعند شيخنا مضاربةٌ فاسدةٌ، والأصحُّ توكيل) انتهى. يعني: إذاخالف وتعدَّى، هل يضمن المنفعة؟. قلت: الصوابُ أنه يضمن المنفعة أيضاً كالنقد؛ لتعدِّيه، والله أعلم.

قال في «الرعاية الكبرى»: وإن تعدَّى المضاربُ الشرط، أو فعل ما ليس له فعله، أو ترك ما يلزمه، ضمن المالَ، ولا أُجرةَ له، وربحُه لربه، وعنه: له أجرةُ المثلِ. انتهى فهذه ثلاث عشرة مسألة في هذا الباب.

الحاشية

*** قوله: (وفي بعضِ كلامِهِ: إن أجازهُ بقدر المال والعملِ)**

أي: يكون بينهما بقدرِ المالِ والعمل.

---

(١) في النسخ الخطية: «نتجت» والمثبت من (ط).

(٢) في (ر): «لأنه».

(٣) في النسخ الخطية: «وحده»، والمثبت من (ط).

(٤) أخرجه البيهقي«السنن الكبرى» ٦/ ١١٠، من حديث زيد بن أسلم عن أبيه.

(٥) بعدها في (ط): «و».

الفروع

باب المساقاة والمزارعة*

يُعتبر كونُ العاقد جائزَ التصرفِ، وتصحُّ بلفظهما، ومعناه على كل شجر معلوم له ثمر مأكولٌ، وقال الشيخ: مقصود، لا كَصَنَوْبَر، وقال: أو يُقصد ورقُه، أو زهرُه، بجزء مُشاع معلوم من ثمره، وعنه: على نَخْل وكَرْم فقط، وعلى الأصحِّ: وعلى ثمر بدا ولم يكمل بجزء منه. ومثله مزارعةٌ، والمنصوص: وعلى شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يُثمر بجزء من ثمره. وظاهر نصه: وبجزء منه* ومنهما*، كالمزارعة، وهي: المغارسة

التصحيح ....

الحاشية * ليس للمساقي أن يساقي على الشجر الذي ساقًا عليه؛ ولا للمزارِع المزارعةُ على الأرض التي زارعَ عليها، كما ليسَ للمضارب أن يدفعَ مالَ المضاربة إلى غيره مضاربةً، ذكره في «المغني»[1].

* قوله: (وبجزء منه)

أي: من الشجر.

* قوله: (ومنهما)

أي: من الثمر والشجر، والذي ذكره المصنِّفُ، أن المغارسة والمناصبةَ صحيحةٌ على ظاهر نصِّه، وذكر أنه اختارَه أبوحفص، والقاضي، وشيخُنا. الذي قدمه في «المغني»[2] فيها: عدمُ الصحة، وذكرَ الصحةَ احتمالاً، قال: ولو دفعَ أرضَهُ إلى رجل يغرسُهَا على أن الشجر بينهما، لم يجز على ما سبق، ويحتملُ الجواز؛ بناء على المزارعة، فإن المزارع يبذرُ في الأرض، فيكون الزرعُ بينه وبين صاحب الأرض، وهذا نظيرُه. وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهَما، فالمعاملة فاسدةٌ وجهاً واحداً، ولا نعلم فيه مخالفاً؛ لأنَّه شرط اشتراكَهما في الأصل، ففسد، كما لو دفعَ إليه الشجر والنخلَ ليكون الأصل والثمرة بينهما، أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما.

قوله: في «المغني»[2]: لم يجز، على ما سبق. قد ذكر أنه إذا شرطَ نصفَ الثمرةِ ونصفَ الأصل،

---

(١) ٧/ ٥٥١.

(٢) ٧/ ٥٣٢-٥٣٣.

الفروع

والمناصبة، واختاره أبوحفص العكبري، والقاضي في «تعليقه»، وشيخنا، وذكره ظاهر المذهب، وقال: ولو كان مغروساً، ولو كان ناظرَ وقف، وأنه لا يجوز لناظر بعده بيعُ نصيب الوقف من الشجر بلا حاجة، وأن لحاكم الحكم بلزومها في محلِّ النزاع فقط، والحكم به من جهة عوض المثل ولو لم يقم به[١] بينة؛ لأنه الأصلُ في العقود، ويتوجه: اعتبار بينة.

وقد قال شيخنا في «الفتاوى المصرية»: يجوز تصرفه فيما بيده بالوقف وغيره، حتى تقوم حجةٌ شرعية بأنه ليس ملْكاً له، لكن لا يُحكم بالوقف حتى يثبت الملكُ.

ولو عملا في شجر بينهما نصفين، وشرطا التفاضل في ثمره، صحَّ، وقيل: لا، كمساقاة[٢] أحدهما الآخر بنصفه، ففي أجرته احتمالان[م١].

التصحيح

مسألة ١: قوله: (ولو عملا في [٣]شجر بينهما[٣] نصفين، وشرطا التفاضل في ثمره، صحَّ، وقيل: لا، كمساقاة أحدهما الآخر بنصفه، ففي أجرته احتمالان) انتهى. يعني: إذا قلنا: لا يصحُّ. وأطلقهما في «الرعاية الكبرى»:

أحدهما: له الأجرة؛ قياساً على المضاربة الفاسدة وغيرها.

والقول الثاني: ليس له شيء، وهو ظاهر ما قدمه الشيخ في «المغني»[٤] و«الشرح»[٥] ونصراه، فإنهما قالا: ولو ساقى أحدُ الشريكين شريكَه وجَعل الثمرة بينهما

الحاشية

لم يصحَّ؛ لأنَّ موضوع المساقاة، أن يشتركا في النماء والفائدة، فإذا شرط اشتراكَهُما في الأصل، لم يجز، كما لو شرطَ في المضاربة اشتراكَهُما في رأس المال، فيحتملُ أنه أرادَ بقوله: ما سبق هذا، ويحتمل أنه أرادَ ما سبق من أن المساقاة ببعض الثمر، وهذا ليس كذلك.

---

(١) ليست في (ط).

(٢) في (ب): «المساقاة»، وليست في (ر).

(٣-٣) في النسخ الخطية و(ط): «شجرهما»، والتصويب من «الفروع».

(٤) ٦/٥٣٦.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/٢٢٨.

الفروع وهي عقد جائز، فلا تَفتقر إلى القبول لفظاً، ويُعتبر* ضربُ مدة معلومةٍ تَكمل في مثلها الثمرةُ، فإن جعلاها إلى[1] الجذاذ أو إدراكها، فوجهان(م٢).

التصحيح نصفين، فمساقاة[2] فاسدةٌ، فإذا عمل في الشجر بناء على هذا، كانت الثمرة بينهما؛ بحكم الملك، ولا يستحق شيئاً بعمله؛ لأنَّه تبرع به، لرضاه بالعمل بغير عوض. وذكر أصحابنا وجهاً: أجرُ المثل، ورداه. قلت: ما قدماه ونصراه هوالصواب، إلاّ أن يكون جاهلاً، فله أجر المثل، والله أعلم. وقالا: فأما إن ساقى شريكه على أن يعملا معاً، ففاسدةٌ والثمرةُ على قَدْرِ ملكيهما، فإن كان لأحدهما فضل، فإن كان قد شرط فضل في مقابلة عمله، استحق ما فضل من أجر المثل، وإن لم يشترط، فليس له شيء/ إلا[3] على الوجه الذي ذكره أصحابنا. انتهى. ١٤٥

مسألة ـ٢: قوله: (ويعتبر ضربُ مدة معلومة تكمل في مثلها الثمرةُ، فإن جعلاها[4] إلى الجذاذ أو إدراكها، فوجهان) انتهى. وأطلقهما في «الرعاية الكبرى»:

أحدهما: يصحُّ. قلت: وهو الصواب هنا، بل الصحة هنا أولى من المسألة الآتية بعدها، والمصنف قد جعلها مثلها.

والوجه الثاني: لا يصحُّ. قلت: وهو ضعيف جدّاً، وإطلاق المصنف الخلاف فيه نظر.

الحاشية * **قوله (ويعتبر) إلى آخره.**

المعروفُ أن هذا، إنما يعتبرُ على القول بأنها عقدٌ لازمٌ، وأمّا على القول بأنهاجائزٌ فلا يعتبرُ، فصوابه هنا: وهي عقد لازمٌ، حتى يتوجه اعتبار ما ذكره، وكذلك قوله: (وقيل لازمٌ فتنعكس الأحكامُ)، الذي يظهرُ: أن صوابَه: وقيل: جائز، فتنعكسُ الأحكامُ، لكن المرجح أنها جائزةٌ.

---

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط)

(٢) في (ط): «المساقاة».

(٣) في (ط): «لا».

(٤) في (ح): «جعلها».

الفروع

وكذا مدة محتملة الكمال(م٣)، فإن لم يصحَّ، ففي أجرة عمله وجهان(م٤). وتَنفسخ، كوكالة*، فمتى انفسخت بعد ظهورها، فللعامل حقُّه، وعليه بقيةُ

التصحيح

مسألة ـ ٣: قوله: (وكذا مدةٌ محتملةُ الكمالِ). انتهى. يعني: لو جعلا مدة قد تكمل فيها وقد لا تكمل، فهل يصحُّ أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[1]، و«المقنع»[2]، و«الشرح»[2]، و«شرح ابن مُنجَّا»، وغيرهم، وهما احتمالان مطلقان في «الفصول»:

أحدهما: يصحُّ، وهو الصحيح، صحَّحه في «التصحيح»، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يصح. قال الناظم: هذا أقوى، وجزم به ابن رزين في «نهايته» و«نظمها».

مسألة ـ ٤: قوله: (فإن لم يصحَّ، ففي أجرة عمله وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«الكافي»[3]، و«المقنع»[2]، و«الهادي»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم:

أحدهما: له الأجرة، وهو الصحيح، صححه في «التصحيح»، و«النظم»، وقطع به في «الفصول»، وقدمه في «المغني»[1]، و«الشرح»[2]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، ومال إليه ابن مُنجَّا في «شرحه».

الحاشية

*** قوله: (وتنفسخُ كوكالة)**

أي: تنفسخ بما تنفسخ به الوكالة.

فائدة: جزمَ ابنُ عقيل في «التذكرة» بأن المساقاةَ عقدٌ لازمٌ ولم يذكر المزارعةَ. وقال في «الفائق»: والمساقاةُ عقدٌ جائز، في ظاهر كلامه، تبطلُ بمبطلات الوكالة، وكذا المزارعةُ.

وقال القاضي: هما لازمتان، واختاره شيخُنا، ولم أرَ المسألةَ في «اختيارات أبي العباس» فلهذا عزوتُ نقلَها إلى «الفائق»، والظاهرُ: أن مصنِّف «الاختيارات» لم يطلع على اختيار أبي العباس الذي نقله في «الفائق»؛ لأنَّ شيخَهُ هو أبوالعباس.

---

(١) ٦/ ٥٤٣ ـ ٥٤٤.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢٠٦ ـ٢٠٧.

(٣) ٣/ ٣٧٠.

الفروع ما عليه من العمل، وإن فسخها هو، فلا شيء له، وإن فسخها غيرُه، فله أجرةُ عمله، كجعالة، لا كمضاربة، وفيها في «الانتصار»: كمساقاة.

وقيل: لازم[١]، فتنعكس الأحكام، فلو مات العامل أو هرب، فوارثه كهو، فإن أبى، استأجر حاكم من التركة، أو اقترض[٢] عليه إن هرب، فإن تعذر، فله الفسخُ، فإن فسخ، وقد صلحت، فله الشراء، وله البيع هو عن[٣] نفسه، وحاكم عن عامل، وبقية العمل عليهما، وإن لم يبع، باع حاكمٌ نصيبَ عاملٍ، وما يلزمه يستأجر عنه، والباقي لوارثه، وإن لم تصلح، ففي أجرته لميت، وقيل: وهارب، وجهان(☆)(م٥)، ولا بيع[٤] إلا بشرط القطع،

التصحيح والوجه الثاني: لا أجرة له. قلت: وهو ضعيف. وفي إطلاق المصنف الخلاف نظر.

تنبيهان:

(☆) **الأول**: عكس المصنف فوائد الخلاف فيما إذا قلنا: إنها عقدٌجائزٌ ولازمٌ، فجعل فوائد القول بأنها جائزةٌ للقول بأنها لازمةٌ، وفوائد القول بأنها لازمةٌ للقول بأنها جائزةٌ. والظاهر: أنه من الكاتب حين التبييض؛ لأجل تقديم وتأخيرٍ، أو شيءٍ كان على الحاشية، أو سبقة [قلم] من المصنف، فليعلم ذلك، والله أعلم.

(٥**مسألة ـ ٥** ٥): (☆) **الثاني**: قوله: فيما إذا مات العامل أو هرب: (وإن[٦] لم تصلح، ففي أجرته لميت، وقيل: وهارب، وجهان) انتهى. فجعل المصنف هنا محلَّ الخلاف فيما إذا لم تصلح، يعني: إذا مات العامل، وأبى الورثةُ العمل، وتعذر الاستئجارُ

الحاشية ....

(١) أي: عقدٌ لازمٌ.

(٢) في (ط): «افتراض».

(٣) في الأصل: «من».

(٤) في (ط): «يبيع».

(٥ـ٥) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٦) في النسخ الخطية: «فإن»، والمثبت من «الفروع».

الفروع

ولا يباع نصيب عامل وحده، وفي شراء المالك له وجهان(م٦).

وإن عَمِل المالكُ أو استأجرَ أو اقترضَ بإذنِ حاكمٍ، رجع، وإن عجز

التصحيح

عليه، وفسخ ربُّ المال العقد، فأطلق الخلاف فيما إذا لم تصلح. والمعروف في المذهب: أنَّ محلَّ الخلاف فيما إذا لم تظهر، لا فيما إذا لم يصلح، وهو الصواب، فليعلم ذلك. ثم وجدت ابن نصر الله في «حواشي الفروع» نبه على ما قلنا، فلله الحمد، ويحتمل أن يُؤَوَّلَ عدمُ الصلاح بعدم الظهور وهو خلاف الظاهر. إذا علم ذلك، فنقول: إذا فسخ قبل الظهور، فهل للعامل الذي مات أجرة أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، و[1] أطلقه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[2]، و«المقنع»[3]، و«الهادي»، و«الشرح»[3]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«النظم»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: له الأجرة، وهو الصحيح، صححه في «التصحيح»، وجزم به الأدمي في «منتخبه»، وهو الصواب.

والوجه الثاني: ليس له أجرة، قدمه في «الرعايتين».

وهذه مسألة ٥ قد صححت.

مسألة ـ ٦: قوله: (ولا يباع نصيب العامل وحده، وفي شراء المالك له وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الفصول»، و«المغني»[2]، و«الشرح»[3]، و«الفائق» وغيرهم:

أحدهما: لا يصحُّ، قدمه في «الرعاية الكبرى».

والوجه الثاني: يصحُّ. قلت: وهو الصحيحُ من المذهب، فإنَّ المسألة مذكورةٌ في باب بيع الأصول والثمار[4]، وقد قال أكثر الأصحاب هناك: يجوز بيع الثمرة قبل بُدُوِّ صلاحها لصاحب الشجر، وجزم بذلك في «الرعاية الصغرى»، واختاره في

الحاشية ....

(١) ليست في (ط).

(٢) ٦/٥٤٦ ـ ٥٤٧.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢١٠.

(٤) ٦/ ٢٠١.

الفروع عنها ونوى الرجوع، رجع، وإن قَدِرَ، فالخلاف، وتنفسخ بموت عاملٍ إن كانت على العين، ولو بان الشجر مستحقّاً، فله أجرة مثله على غاصبه.

واختار في «التبصرة»: أنها جائزة من جهة عامل، لازمةٌ من جهة مالك، مأخوذ من إجارة*.

وتصح المزارعة بجزء معلوم من الزرع إذا كان البذر من ربِّ الأرض، ولو أنه العامل، ويُقر(١) العمل(٢) من الآخر، وفي منع المزارعة رواية حكاها أبوالخطاب في مسألة المساقاة.

وقال شيخنا: هي أحلُّ من الإجارة، لاشتراكهما في المغرَم والمغنم، ولا تصحُّ إن كان البذرُ من العامل أو من غيره، والأرض لهما* أو منهما*،

التصحيح «الحاوي الكبير»، وصححه في «المستوعب»، و«التلخيص»، و«الرعاية الكبرى»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم، وظاهرُ كلام الخرقي، والشيخ في «المقنع»(٣)، وغيرهما، هناك: عدمُ الصحة، وأطلقهما المصنف هناك، وتقدم ذلك هناك، فليعاود، والله أعلم.

الحاشية *** قوله: (واختارَ في «التبصرة» أنها جائزةٌ من جهة عاملٍ، لازمةٌ من جهة مالك؛ مأخوذ من إجارة)**

هذا مشكل، فإن الإجارةَ ليست لازمةً من طرف، جائزةً من طرف، حتى يؤخذ ما قاله في «التبصرة» منها.

*** قوله: (والأرض لهما)**

أي: للعامل، وللغير الذي منه البذر، والمسألةُ في «المحرر»، والمراد: إذا(٤) كانت الأرضُ شركةً بينهما، فوضعَ أحدُهما البذرَ والآخرُ منه العمل.

*** قوله: (أو منهما)**

أي: من العامل ومن الغير. وظاهرُه: سواءٌ كانت الأرض لهما أو للغير فقط.

---

(١) في (ب): «يقرّا».

(٢) في الأصل: «العامل».

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢/ ١٧٠.

(٤) في (د): «أن».

الفروع

وعنه: تصحُّ، اختاره الشيخ، وأبومحمد الجوزي، وشيخنا، وغيرهم. فإن ردَّ على عامل، كبذره، فروايتان في «الواضح»(م٧).

وإن كان من ثالث أو من أحدهما، والأرض والعمل من الآخر، أو البقر من رابع، ففي الصحة تخريجٌ، وذكره شيخنا روايةً واختاره. وفي «مختصر ابن رزين»: أنه الأظهر، وفي الأربعة خبر مجاهد[1]، وضعفه أحمد؛ لأنه جعل[2] فيه الزرع لرب البذر، والنبي ﷺ جعله لرب الأرض، بهذا ضعفه، وقيل لعبدالرحمن بن مهدي: لم يحدث به يحيى بن سعيد، فقال: أحسن[3]، مثلُ هذا الحديثِ لا يُحدَّثُ به.

وإن كان من أحدهما الماء فقط، فروايتان(م٨). واحتج للمنع بالنهي عن

التصحيح

مسألة ـ ٧: قوله في المزارعة: (فإن رد على عامل، كبذره، فروايتان في «الواضح») انتهى:

إحداهما: لا يصح، وهو الصواب. قلت: وهو الذي قطع به أكثر الأصحاب، حيث اشترطوا ذلك.

والرواية الثانية: يصحُّ.

مسألة ـ ٨: قوله: (وإن كان من أحدهما الماء فروايتان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«المقنع»[4]، و«الهادي»، و«المحرر»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«نهاية ابن رزين»، و«نظمها»، وغيرهم:

الحاشية ....

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» ٧/ ١٢٣، عن مجاهد قال: اشترك أربعة رهط على عهد رسول الله ﷺ في زرع، فقال أحدهم: قبلي الأرض، وقال الآخر: قبلي الفدان، وقال الآخر: البذر، وقال الآخر: عليَّ العمل. . . .

(٢) في الأصل: «حصل».

(٣) في الأصل: «أحد».

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢٥٠.

الفروع بيع الماء[١]، فدل على[٢] أنه إن جوزه، جاز بيعه، ونقل الأكثر الجواز، منهم حرب، وسأله[٣]: من له شرب في قناة، هل يبيع ذلك الماء؟ فلم يرخص فيه، وقال: لا يعجبني، واحتجَّ بالنهي عن بيع الماء.

وهي كمساقاة. وفي صحتهما[٤] بلفظ إجارة وجهان(م٩).

التصحيح إحداهما: لا يصحُّ، وهو الصحيح، اختاره القاضي في «المجرد» وغيره، وصححه في «التصحيح»، و«تصحيح المحرر». قال الشيخ في «المغني»[٥]، والشارح: هذا أصحُّ، وقدمه في «الخلاصة»، و«الكافي»[٦]، و«شرح ابن رزين»، و«الفائق»، وغيرهم.

والرواية الثانية: يصحُّ، اختاره أبوبكر، وابن عبدوس في «تذكرته».

مسألة ـ ٩: قوله: (وفي صحتهما)[٧] يعني المساقاة والمزارعة (بلفظ إجارة وجهان) انتهى. وأطلقهما في «المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المقنع»[٨]، و«المذهب الأحمد»، و«النظم»، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم.

أحدهما: يصحُّ، وهو الصحيح، اختاره الشيخ الموفق، والشارح، وابن رزين في «شرحه»، وقالوا: هذا أقيس. واختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، وصححه في «التصحيح»، (٩وجزم به في «الوجيز»٩).

والوجه الثاني: لا يصحُّ، قدمه في «الهداية»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»،

الحاشية ....

---

(١) أخرج مسلم (١٥٦٦)، من حديث جابر: أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء.

(٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) في (ب): «سالم».

(٤) في الأصل: «صحتها».

(٥) ٥٦٧/٧.

(٦) ٢٧٦/٣.

(٧) في النسخ الخطية: «صحتها»، والمثبت من (ط).

(٨) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٨٨/١٤.

(٩ ـ ٩) ليست في النسخ الخطية.

فصل

الفروع

وعلى العامل ما فيه صلاح ثمر وزرع، كسقي، وطريقه[١]، وتلقيح، وتشميس، وإصلاح مكانه، وآلة حرث، وبقره، وقال ابن أبي موسى[٢] والشيخ: وبقرِ دُولابٍ. قال في «الفنون»: والفأس النحاس تقطع الدغل فلا/ ينبت، وهو معنى ما في «المحرر» وغيره، وقطع حشيش مضر، وعلى رب المال ما يحفظه، كسد حائطٍ[٣]، وحفر نهرٍ، وبئرٍ ودُولابٍ، وشراء ما يلقح به، وماءٍ.

٢/ ٤٩

وذكر ابن رزين روايتين في بقر حرث، وسنَايَة[٤] وما يلقح به. والحصاد على العامل. نص عليه، وقيل: عليهما. وفي «الموجز»: فيه وفي دياس وتذرية وحفظه ببيدره[٥] روايتا جذاذ، وهو عليهما على الأصحِّ بحصتهما، إلا أن يشترطه على العامل، نص عليه، وأخذ منه صحة شرط كل واحد ما على الآخر أو بعضه، لكن يعتبر ما يلزم كلاً منهما معلوماً. وفي «المغني»[٦]: وأن يعمل العامل أكثر العمل، والأشهر: يفسد الشرط، ففي العقد روايتان(م١٠).

التصحيح

و«التلخيص»، و«البلغة»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، وقيل: إن صحت بلفظها، كانت إجارةً.

مسألة ـ ١٠: قوله فيما إذا شرط أحدهما ما عليه على[٧] الآخر: (والأشهرُ يفسد الشرط، ففي العقد روايتان) انتهى. وأطلقهما في «المستوعب»، و«الرعايتين»،

الحاشية ....

---

(١) في (ط): «طريقة».

(٢) في الإرشاد ص ٢٢٢.

(٣) في (ط): «حائطه».

(٤) سَنَا على الدابة سِنَايةً: سقى عليها. «المعجم الوسيط»: (سنا).

(٥) في (ط): «ببذره».

(٦) ٧/ ٥٥١.

(٧) في النسخ الخطية: «من».

الفروع وذكر أبوالفرج: تفسد بشرط خراج أو بعضه على عامل. ويكرهان ليلاً. نص عليه. واللِّقاط كحصاد. وفي«الموجز» روايتان، وهو كمضارب في قبول، وردٍّ، ومبطل للعقد، وجزء مشروط. وفي «الموجز»: إن اختلفا فيما شرطه له، صُدِّقَ عامل، في أصحِّ الروايتين، فإن خان، فمشرف يمنعه، فإن تعذَّر، فعامل مكانه، وأجرتهما من العامل. وإن اتهم، ففي «المغني»[1]: يحلف، وفي غيره: للمالك ضمُّ أمين بأجرة من نفسه. وفي «المنتخب»: تسمع دعواه المجردة[م١١]. قال: وإن لم يقع النفعُ به؛ لعدم بطشه، أقيم

التصحيح و«الحاوي الصغير»و «النظم»، و«الفائق» وغيرهم:

إحداهما: يفسد العقد أيضاً، وهو الصحيح، جزم به في «المغني»[2]، و«الشرح»[3]، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

والرواية الثانية: لا يفسد، اختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، والنفس تميل إليه، وهو من جملة ما إذا اقترن بالعقد شرط فاسد.

مسألة ـ ١١: قوله: (وإن اتهم)، يعني: العامل، (ففي «المغني»: يحلف، وفي غيره: للمالك ضمُّ أمينٍ بأجرةٍ من نفسه. وفي «المنتخب»: تسمع دعواه المجردة) انتهى. قلت: الذي يظهر أنه لا تَنافيَ بين ما قاله في «المغني» وبين ما قاله غيره، فيحمل كلامه في «المغني» على ما إذا اتُّهم بعد فراغ العمل، ⁽٤أو في أثنائه وادعى عليه٤⁾، فيكون القولُ قولَه مع يمينه، وغيرُه لا يخالفُه في ذلك، بل يوافقُه عليه، ويحمل كلام غيره على ما إذا اتُّهم في أثناء العمل، فلذلك قال: (للمالك ضمُّ أمينٍ بأجرةٍ) وليس في كلامه في «المغني» ما يمنع ذلك، ولا في كلامهم ما ينفي اليمين إذا ادعى عليه بعد فراغ العمل ⁽٤ أو في أثنائه٤⁾، هذا

الحاشية ....

---

(١) ٧/ ٥٤٧.

(٢) ٧/ ٥٥١.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢٢٢.

(٤ ـ ٤) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

مُقامه أو ضُمَّ إليه، وشرطُ أخذ مثل بذره واقتسام الباقي فاسد. نص عليه (و) ويتوجه: تخريجٌ من المضاربة، وجوز شيخنا أخذه أو بعضَه بطريق القرض، قال: يلزم من اعتبر البذر من رب الأرض، وإلا فقوله فاسد، وقال أيضاً: يجوز، كالمضاربة، وكاقتسامهما ما يبقى بعد الكُلَفِ، [(١]ويعتبر معرفة جنس البذر ولو تعدد، وقَدْره[١)].

وفي «المغني»[(٢)]: أو تقدير المكان وتعيينه، وإن شرط إن سقى سَيْحاً، أو زرعها شعيراً، فالربع، وبكلفة، وحنطة، فالنصف، لم يصحَّ، كـ: ما زرعت من شعير، فلي ربعه، ومن حنطة، فنصفه، أو: زارعتك أو ساقيتك هذا بالنصف، على أن الآخر بالربع، وكنصف هذا النوع وربع الآخر، ويجهل العامل قدرهما. ولك الخمسان إن لزمتك خسارة، وإلا الربع، في المنصوص فيها[(٣)].

وقيل: يصحُّ، كـ: ما زرعت من شيء، فلي نصفه.

وإن آجره الأرض وساقاه على الشجر، فكجمع بيع وإجارة، وإن كان

التصحيح

ما يظهر. قال في «المغني»[(٤)] و «الشرح»[(٥)]: حكمُ العامل حكمُ المضارب فيما يُقبل قولُه فيه وفيما يُردُّ؛ لأنَّ ربَّ المال ائتمنه، فأشبه المضاربَ، فإن اتُّهم حَلف، وإن ثبتت خيانته، ضم إليه من يشارفه، كالوصي. انتهى. وكذا قال في «الرعايتين»، و«الحاوي»، وغيرهم، وعلى تقدير التنافي: القولُ الثاني أصوب مع يمين العاملِ، إن اتهمه فيما عمله بغير أمين، والله أعلم.

الحاشية

....

(١ ـ ١) ليست في (ب).

(٢) ٧/ ٥٦٦.

(٣) في (ط): «فيهما».

(٤) ٧/ ٥٤٧ .

(٥)المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢١٩.

الفروع حيلة، فذكر القاضي في «إبطال الحيل» جوازه، والمذهب: لا. ثم إن كانت المساقاة في عقد ثان، فهل تفسد، أو هما؟ فيه وجهان(م١٢).

وإن جمعهما في عقد، فتفريق الصفقة، وللمستأجر فسخ الإجارة، وقال شيخنا: سواءٌ صحَّت أو لا، فما ذهب من الشجر، ذهب ما يقابله من العوض.

ولا تجوز إجارةُ أرضٍ وشجرٌ فيها. قال أحمد: أخاف أنه استأجر شجراً لم يثمر، وذكر أبوعبيد تحريمه (ع) وجوزه ابن عقيل تبعاً ولو كان الشجر أكثر؛ لأنَّ عمر ﷺ ضمَّن حديقةَ أُسيد بن حضير لما مات، ثلاث سنين، لوفاء دينه[١]. رواه حرب، وغيره. ولأنه وضعَ الخراجَ على أرض الخراج، وهو أجرة، وقاله مالك بقدر الثلث. وجوز شيخنا إجارة الشجر مفرداً، ويقوم عليها المستأجر، [٢]كأرض لزرع، وأن ما استوفاه الموقوف عليه والمستعير بلا عوض، يستوفيه المستأجر[٢] بالعوض، بخلاف بيع السنين،

التصحيح **مسألة ـ ١٢**: قوله: (وإن آجره الأرضَ وساقاه على الشجر، فكجمع بين بيعٍ وإجارةٍ، وإن كان حيلةً، فذكر القاضي في «إبطال الحيل» جوازَه، والمذهبُ: لا. ثم إنَ كانت المساقاةُ في عقد ثان، فهل تفسد، أو هما؟ فيه وجهان). انتهى:

أحدهما: تفسد المساقاة وحدها، قدمه في «الرعاية الكبرى».

والوجه الثاني: يفسدان، وهو ظاهرُ ما جزم به في «المغني»[٣]، و«الشرح»[٤]، إذا فعلا ذلك حيلةً على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بُدُوِّ صلاحها، فلا يصحُّ، سواء جمعا بين العقدين أو عقد أحدهما قبل الآخر، وهو الصواب.

الحاشية ....

---

(١) رواه ابن أبي شيبة ٧/ ٣٢١.

(٢ـ٢) ليست في الأصل و(ب).

(٣)٧/ ٥٦٢.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢٤٠.

الفروع

فإن تلفت الثمرة، فلا أجرةَ، وإن نقصت عن العادة، فالفسخ أو الأرش؛ لعدم المنفعة المقصودة بالعقد، وهو كجائحة، واشتراط عمل الآخر حتى يثمر ببعضه. قال شيخنا: والسياج على المالك، ويتبع في الكُلَف السلطانية العرف ما لم يكن شرط، قال: وما طلب من قرية من وظائف سلطانية ونحوها، فعلى قدر الأموال، وإن وضعت على الزرع، فعلى ربه، وعلى العقار على ربه ما لم يشرطه[1] على مستأجر، وإن وضع مطلقاً، فالعادة.

ومتى فسد العقد، فالثمرة والبذر لربه وعليه الأجرةُ، وكذا العشر. وإن صحَّت، لزم المقطع عشر نصيبه، ومن قال: العشر كله على الفلاح، فخلاف الإجماع، قاله شيخنا. وإن ألزموا الفلاح به، فمسألة الظَّفَر، وقال شيخنا: الحق ظاهر، فيأخذه، وقيل: إن شرط لأحدهما الثمرة، ففي الأجرة وجهان، وحكم بذرين منهما كمالَيْ عنان.

وفي إيجار أرضه بطعام معلوم من جنس خارج منها روايتان*(م١٣).

التصحيح

مسألة ـ ١٣: قوله: (وفي إيجار أرضه بطعام معلوم من جنس خارج منها روايتان) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[2] و«الشرح»[3].

إحداهما: يصحُّ، وهو الصحيح، اختاره أبوالخطاب[4].

الحاشية

*** قوله (وفي إيجارِ أرضِهِ بطعامٍ معلومٍ من جنس خارجٍ منها روايتان).**

مما يقوّي عدمَ الصحة سدُ باب الحيلةِ؛ لأنهم قد قالوا: لو شرط في المزارعة لربِّ الأرضِ قدراً معلوماً غير مشاع، والباقي للعامل، لم يصحَّ، فإذا صححنا في المسألة المذكورة توصل بالإجارة المذكورة إلى القدر المعلومِ؛ لأنّه يتمكنُ حينئذ بالعدول عن المزارعة إلى الإجارة على هذا الوجه.

---

(١) في (ط): «يشرط».

(٢) ٧/ ٥٧٠.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢٥٦.

(٤) بعد في (ط): «قال أبو الخطاب».

الفروع

وعنه: يكره، وحمل القاضي الجوازَ على الذمة، والمنعَ على أنه منه. ويجوز بغير جنسه، وعنه: ربما تهيبته. ولا يكره بنقد وعَرْض، ويجوز بجزء مُشاع من الخارج. نص عليه، اختاره الأكثر، وعنه: لا، اختاره أبوالخطاب والشيخ، وعنه: يكره، فإن صحَّ إجارة أو مزارعة، فلم يزرع، نظر إلى معدل المغل، فيجب القسط المسمى فيه، وإن فسدت وسميت إجارة، فأجر المثل، وقيل: قسط المثل، واختاره شيخنا.

وسأله ابن منصور: يشرط على الأكَّار أن يعمل له في غيرالحرث؟ قال: لا يجوز. وسأله الأثرم: يشارطه على كراء البيوت، وما أحدث من عمارة فيها وفي الأرض، فهو لرب الأرض ثم يخرج الأكَّار من قبل نفسه، هل يطيب لرب الأرض ما عمله؟ قال: إذا شرط، فأرجو أن لا بأس. قال شيخنا: لا يجوز أن يشرط عليه شيئاً مأكولاً ولا غيره*، وقال فيما يؤخذ من نصيب الفلاح للمقطع والعشر والدياسة ونحو ذلك: إن كانت لو دفعت

التصحيح

قال في «الفائق»: وهو المختار، وأظن أن الشيخ تقي الدين اختاره، وقطع به ناظم «المفردات»، وقال:

بنيتها على الصحيح الأشهر

وقدمه في «المستوعب»، و«الرعاية الكبرى»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يصحُّ، اختاره القاضي (١وابن عقيل في «الفصول»١)، وصححه الناظم. قال ابن رزين في «شرحه»: لا يصحُّ في الأظهر، وقطع به في «نهايته»، ومال إليه شيخنا في «حواشيه».

١٤٦ فهذه ثلاثَ عشرةَ مسألةً في هذا الباب/ .

الحاشية

* قوله: (قال شيخنا: لا يجوزُ أن يشرطَ عليه شيئاً مأكولاً ولا غيرَه).

فعلى هذا: الدجاجُ ونحوُها التي يشترطُها نُظَّارُ الأوقافِ على الفلاحين؛ على كل فدانٍ كذا كذا طيرٍ، غيرُجائز.

(١ ـ ١) ليست في (ط).

الفروع

مقاسمة، قسمت، أو جَرَتْ بمقدار فأخذ قدره، فلا بأس. قال: وهديته له إنما هي بسبب الإقطاع، فينبغي أن يحسبها مما له عنده، أو لا يأخذها.

وما سقط من حبٍّ وقتَ حصادٍ فنبت عاماً آخر، فلرب الأرض. نص عليه. وفي «المبهج» وجه: لهما. وفي «الرعاية»: لرب الأرض مالكاً أو مستأجراً أو مستعيراً، وقيل: له حُكم عاريةٍ، وقيل: حكمُ غصبٍ، وكذا نَصَّ فيمن باع قصيلاً[1]، فحصد وبقي يسيرٌ، فصار سنبلاً، فلرب الأرض. وفي «المستوعب»: لو أعاره أرضاً بيضاء ليجعل بها شوكاً أو داوب، فتناثر بها حبٌّ أو نوًى، فلمستعير، وللمعير إجباره على قلعه بدفع القيمة؛ لنص أحمد على ذلك في الغاصب.

واللَّقَاط مباحٌ. قال في «الرعاية»: ويحرم منعه. نقل المروذي: إنما هو بمنزلة المباح. ونقل حرب فيمن حصد زرعه فسقط سنبل، فلقطه قوم: يقاسمهم؟ قال: سبحان اللّه! لا. ونقل حنبل: إذا أخذ السلطان حقه، فعلى صاحبه أن يعطي المساكين مما يصير له[2]؛ لقوله: ﴿وَءَاتُوا حَقَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٤١]، والحصاد أن لا يمنع الرجل، ويكون ذلك بعلم صاحب الزرع. ونقل أيضاً: لا ينبغي أن يدخل مزرعة أحد إلا بإذنه، وقال: لم ير بأساً بدخوله يأخذ كَلأً وشوكاً؛ لإباحته ظاهراً، وُعرْفاً، وعادةً، والله تعالى أعلم.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) القصيل: ما اقتُصِل أي: قُطِع من الزرع أخضرَ. «القاموس»: (قصل).

(٢) ليست في الأصل و(ر).

الفروع

باب الإجارة

وهي: عقد لازم. نص عليه، على النفع، يؤخذ شيئاً فشيئاً، وانتفاعه تابع له، وقد قيل: هي خلاف القياس، والأصحُّ: لا؛ لأن من لم يُخصِّص العلة[1]، لا يُتصور عنده مخالفةُ قياس صحيح، ومن خصصها، فإنما يكون الشيء خلافَ القياس إذا كان المعنى المقتضي للحكم موجوداً فيه، وتخلف الحكمُ عنه.

تنعقد بلفظها، ومعناه، إن[2] أضافه إلى العين[3]، وكذا إلى النفع، في الأصحِّ، وفي لفظ البيع وجهان(م ١)/ .

٢/ ٥٠

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (وفي لفظ البيع وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[4]، و«الكافي»[5]، و«المقنع»[6]، و«الهادي»، و«المذهب الأحمد»، و«التلخيص»، و«البلغة»، و«الشرح»[6]، و«شرح ابن مُنجّا»، و«الرعايتين». و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، و«شرح الخرقي» للطوفي، و«القواعد الفقهية»، و«الزركشي»، وغيرهم. قال في «التلخيص»، و«الفائق»: وأمّا لفظ البيع، فإن أضافه إلى الدار، لم يصحَّ، وإن أضافه إلى المنفعة، فوجهان. انتهى. وهو مراد من أطلق.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، اختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، والشيخ تقي الدين، فقال في قاعدة له في تقرير القياس بعد إطلاق الوجهين: والتحقيقُ أنَّ

الحاشية

....

---

(١) ليست في الأصل.

(٢) في الأصل «ذاته».

(٣) في الأصل: «الغير».

(٤) ٨/ ٧.

(٥) ٣/ ٣٧٩.

(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢٦٣.

الفروع

قال شيخنا: بناء على أن هذه المعاوضة نوعٌ من البيع أو شبيه به. وفي «التلخيص»: مضافاً إلى النفع، نحو: بعتك نفع هذه الدار شهراً، وإلا لم يصحَّ، نحو: بعتكها شهراً (١ومضافاً إلى النفع، وإلا لم يصح١). ويشترط معرفة نفع، كمبيع بعرف، كسكنى، فلا يعمل فيها حِدادة، ولا قِصارة، ولا دابة، والأشهر: ولا مخزناً للطعام.

قيل لأحمد: يجيء إليه زوارٌ، عليه أن يخبر صاحبَ البيت بذلك؟ قال: ربما كثروا، وأرى أن يخبر، وقال: إذا كان يجيئه الفرد ليس عليه أن يخبره، وذكر الأصحاب: له إسكان ضيف وزائر، واختار صاحب «الرعاية»: يجب ذكرُ السكنى وصفتها وعدد من يَسكنها، وصفتَهم إن اختلفت الأجرةُ، وخدمة آدمي شهراً، أو شهراً للخدمة. وفي «النوادر» و«الرعاية»: يخدم ليلاً ونهاراً، وإن استأجره للعمل، استحقَّه ليلاً، وحمل معلوم إلى موضع معلوم، فلو كان المحمول كتاباً، فوجد المحمولُ إليه غائباً، فله الأجرةُ لذهابه وردِّه. وفي «الرعاية»، وهو ظاهرُ «الترغيب»: إن وجده ميتاً، فالمسمى فقط ويردُّه. نقل حرب: إن استأجر دابةً أو وكيلاً؛ ليحمل له شيئاً من الكوفة، فلما وصلها، لم يبعث له وكيلُه بما أراد، فله الأجرةُ من هنا إلى

التصحيح

المتعاقدين إن عرفا المقصود، انعقدت بأيِّ لفظ كان من الألفاظ التي عَرف بها المتعاقدان مقصودَهما، وهذا عامٌّ في جميع العقود، فإن الشارع لم يحدَّ حَدًّا لألفاظ العقود، بل ذكرها مطلقة. انتهى. وكذا قال: يصحُّ بلفظ البيع في وجه، فدل[٢] أن المقدم الصحة. قلت: هو الصواب.

والوجه الثاني: لا يصح، صححه في «التصحيح»، و«النظم».

الحاشية

....

(١ ـ ١) ليست في (ب) و(ر).

(٢) في (ط): «تدل».

الفروع ثَمَّ. قال أبوبكر: هذا جوابٌ على أحد القولين، والآخر: له الأجرةُ في ذهابه ومجيئه، فإن جاء[١] والوقت لم يبلغه، فالأجرة له، ويستخدمه بقية المدة.

ومعرفة مركوب كمبيع، وما يركب به، وكيفية سَيْرِه. وقدم فيه[٢] في «الترغيب»: لا. وفي [٣]ذكوريته وأنوثيته[٣] وجهان[م٢].

وفي «الموجز»: يُعتبر نوعُه، وراكبٌ كمبيعٍ، وقيل: برؤية، وقيل: لا يلزم[٤] ذكرُ توابعه العرفية، كزاد وأثاث ونحوه. وله حمل ما نقص عن معلومهِ، وقيل: لا بأكل معتاد وفاقاً لأحد قولي الشافعي و«الترغيب» وغيرهما[٢]: ومعرفة حامل خزف أو زجاج ونحوه، في الأصحِّ. وقيل: مطلقاً، ويتوجه مثله ما يدير دُولاباً ورحى، واعتبره في «التبصرة» ومعرفة محمول، واكتفى ابن عقيل و[٥]«الترغيب» وغيرهما[٥] بذكر وزنه مما شئت، ومعرفة أرض لحرث، ومعرفة الأجرة، فهي في الذمة كثمن، والمعينة كمبيع.

التصحيح **مسألة ـ ٢**: قوله: (معرفة مركوب كمبيع. . . وفي ذكوريته وأنوثيته وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الرعاية الكبرى»:

أحدهما: لا يشترط، وهو الصحيح، قدمه في «المغني»[٦]، و«الكافي»[٧]، و«الشرح»[٨]، و«الفائق»، وغيرهم.

والوجه الثاني: يشترط معرفة ذلك، اختاره القاضي في «الخصال»، وابن عقيل في

الحاشية ....

---

(١) ليست في (ط).

(٢) ليست في الأصل.

(٣ ـ ٣) في الأصل: «ذكورة وأنوثة».

(٤) ليست في (ب) و(ر).

(٥ ـ ٥) ليست في الأصل.

(٦) ٨/ ٩١.

(٧) ٣/ ٣٨٧.

(٨) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢٧٢.

الفروع

وتصح بمنفعة[١]، وتصح في أجير وظئر بطعامهما وكسوتهما، وهما عند التنازع كزوجة. نص عليه، وعنه: كمسكين في كفارة، وعنه: المنع، وعنه: في أجير، وعنه: يصح في دابة بعلفها.

ويستحبُّ عند فطام إعطاؤها عبداً أو أمةً مع القدرة، وأوجبه أبوبكر، ولو اكترى لمدة غزاته أو غيرها، كل يوم بكذا، جاز، [٢]وعنه: لا[٢]. ولو اكترى داراً كلَّ شهر بكذا، ونحو ذلك، ففي صحة العقد، وقيل: بعد الأول، روايتان(م٣). فإن صحَّ، ففسخ بعد دخول الثاني*، وقال القاضي

التصحيح

«الفصول»، واقتصر عليه في «المستوعب»، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

مسألة ـ ٣: قوله: (ولو اكترى داراً كل شهر بكذا، ونحو ذلك، ففي صحة العقد، وقيل: بعد الأول، روايتان) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[٣]، و«الشرح»[٤]، و«المحرر»:

إحداهما: يصح، وهو الصحيح. نص عليه في رواية ابن منصور، وعليه أكثر الأصحاب. قال الزركشيُّ: هو المنصوص، واختاره القاضي وعامة أصحابه والشيخان. انتهى. قال الناظم: يجوز في الأولى، وصححه في «تصحيح المحرر»، وجزم به الخرقي، وصاحب «الوجيز»، وغيرهما، وقدمه في «الكافي»[٥]، و«المقنع»[٤]، و«الرعاية الكبرى»، و«شرح ابن رزين»، و«الفائق»، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يصح، اختاره أبوبكر، وابن حامد، وابن عقيل، وغيرهم. قال في «الكافي»[٥]: وقال أبوبكر وجماعة[٦] من أصحابنا بالبطلان. قال الشارح: والقياس

الحاشية

* **قوله (ففسخ بعدَ دخولِ الثاني)**

أي: بعد دخولِ الشهر الثاني.

(١) في النسخ الخطية: «منفعة».

(٢ـ٢) ليست في (ب).

(٣) ٨/ ٢٠.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٠٤.

(٥) ٣/ ٣٩١ ـ ٣٩٢.

(٦) ليست في (ط).

الفروع و«المحرر»: إلى تمام يوم. وقال الشيخ: أو قبله*، وقال أيضاً،

التصحيح يقتضي عدم الصحة؛ لأن العقد تناول جميع الأشهر، وذلك مجهول. انتهى.

الحاشية * قوله: (قبله).

أي: قبل دخولِ الشهر الثاني، فيكون الفسخُ في الشهرِ الأول قبل دخول الثاني؛ فعلى هذا: يكون الفسخ للشهرِ المستقبلِ قبل دخولِهِ، وعلى الأول: يكون الفسخُ للمستقبل بعدَ دخولِهِ؛ وكلامُه يدل على أن الشيخَ جعلَ له الفسخَ بعد دخولِ الثاني وقبله؛ لقوله: (وقال الشيخ: أو قبله) فدل على أنه قال بالأول أيضاً، والذي وجدتُه في كلامِ الشيخ، أن له الفسخَ عندَ تقَضّي كلِّ شهرٍ، فظاهره: أن الفسخَ يكون قبلَ دخولِ الثاني، وعند آخر الأول لا قبل ذلك؛ لقوله: عند تقضي كلِّ شهرٍ. وعبارة «الفائق» كعبارةِ الشيخ أو قريبة منها، فإنه قال: فيلزمُ الأول بالعقد وسائرها بالتلبس، فلو لم يتلبسْ، أو فسخَ عند انقضاء الأول، انفسخَ. وقال في «الرعاية»: وكلما دخل شهر، لزمت إجارتُها، إلاّ أن يفسخَها أحدُهما في أول يوم منه، وقيل: أو يومين، وقيل: بل أول ليلة منه، وقيل: عند فراغ ما قبله، وقلت: أو يقول: إذا مضى هذا الشهر فقد فسختُها، كتعليقِ الخلعِ على شرط، وهو فسخٌ على الأصحِّ. انتهى كلامُه. وقال الزركشيُّ: لكل واحدٍ منهما أن يفسخَ عندَ رأس كلِّ شهر؛ بأن يقولَ: فسختُ الإجارةَ في الشهرِ المستقبلِ ونحوِ ذلك، فلو لم يفسخ حتى دخل الشهر الثاني، لزم العقدُ فيه، وكذلك الثالث. هذا مقتضى كلامِ الخرقي، وأبي الخطاب في «الهداية»، وابن عقيل في «التذكرة»، وأبي محمد في كتبه. وقد صرح بذلك ابن الزاغوني فقال: يلزم بقية الشهور إذا شرع في أول الجزء من ذلك الشهر. وقال القاضي: له الفسخُ في جميع اليوم الأولِ من الشهرِ الثاني، وبه قطع أبوالبركات، وأورده ابنُ حمْدَان مَذْهَباً. واعلم أن كلام الشيخ في «المغني»[1] يقتضي أن العقد في الشهر المستقبل ليس قبل التلبس به منعقداً، فإنه قال: شروعه في كل شهر مع ما تقدم في[2] العقدِ من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببدله[3] به جرى مجرى ابتداء العقد عليه، وصار كالبيع بالمعاطاة، إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها؛ فعلى هذا: متى تركَ التلبُّسَ به في شهر، لم تثبت الإجارةُ فيه؛ لعدمِ العقدِ، وإن فسخ، فكذلك، وليس بفسخٍ في الحقيقة؛ لأن العقد في الشهر الثاني ما ثبت.

---

(١) ٨/ ٢٠.

(٢) في (ق): «من».

(٣) في (د): «ببذله».

الفروع

وأبوالخطاب، وشيخنا: بل قبله، وقال، [(١]أي: الشيخ[١)]: أو ترك التلبس به، فلا أجرة. وفي «الروضة»: إن لم يفسخ حتى دخل الشهر الثاني، فهل له الفسخ؟ فيه روايتان. ولو قال: شهراً بكذا، وما زاد بكذا، صحَّ* في الأول، وفي الثاني وجهان[(م٤)].

التصحيح

مسألة ـ ٤: قوله: (ولو قال: شهراً بكذا، وما زاد بكذا، صحَّ في الأول، وفي الثاني وجهان) انتهى. الظاهر: أن في كلام المصنف نقصاً في قوله: (وما زاد بكذا) فإن هذا[(٢)] الحكم لم يقله أحدٌ من الأصحاب، وإنما ذكروا الوجهين فيما إذا قال: آجرتك هذا الشهر بكذا، وما بعده كل شهر بكذا، كما قاله في «المغني»[(٣)]، و«الشرح»[(٤)]، و«الرعاية»، وغيرهم؛ فعلى هذا يقدر: وما زاد فله بكل[(٥)] يوم أو شهر كذا، والله أعلم. إذا علم ذلك فأطلق الوجهين في «المغني»[(٣)]، و«الشرح»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم:

أحدهما: يصح، وهو الصحيح. نص عليه، وهي شبيهة بالمسألة التي قبلها، وأولى بالصحة، وقدمه في «الخلاصة»، و«المقنع»[(٦)]، و«الرعاية»، و«النظم»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم، وجزم به في «الوجيز» وغيره، ونصره الشيخ الموفق والشارح، وغيرهما.

الحاشية

* **قوله: (وما زاد بكذا، صحَّ).**

كذا وقع في النسخ من غير تعيين مدة، والذي في «الرعاية»: وإن قال: شهراً معيناً بدرهم وما زاد فبحسابه، صحَّ في الشهر وحده، ويحتمل الصحة فيما زاد من الشهور. وإن قال: أجرتك[(٧)] هذا الشهر بدرهم وما بعده كل شهر/ ١٦٢ بدرهمين، فوجهان. والذي يظهر: أن مسألةَ المصنِّف هي المسألة الثانية في «الرعاية»، ويكون في لفظ المصنِّف سقطٌ، فإذا قيل: وما زاد فكل شهر بكذا، صار واضحاً، وكلام «المغني»[(٣)] يوافقه كلام «الرعاية».

(١ ـ ١) ليست في الأصل و(ر).

(٢) في (ط): «هكذا».

(٣) ٨/ ٢٢.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٠٨.

(٥) في (ط): «كل».

(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٠٤.

(٧) بعدها في (ق): «في».

الفروع

ولو قال: إن خطته اليوم، أو روميّاً، فبكذا، أو إن خطته غداً، أو فارسيّاً، فبكذا، لم يصح، على الأصحِّ. وكذا: إن زرعتها بُرّاً[١]، فبخمسة، وذرة بعشرة، ونحوه.

وتجب الأجرةُ بالعقد، وله الوطءُ*، ويتوجه فيه*: قبل القبض روايةٌ، وتُستحقُّ بتسليم العين، أو بفراغ عمل لما بيد مستأجر، أو بَذْلِها[٢]. وعنه: قدر ما سكن، وحمله القاضي على تركها لعذر، ومثله تركه تتمة عمله. وفيه في «الانتصار» كقول القاضي. وله الطلب بالتسليم، ولا يستقر إلاّ بمضي

التصحيح

والوجه الثاني: لا يصحُّ، قال في «الرعاية الكبرى» أيضاً: وإن اكترى شهراً معيناً بدرهم وما زاد فبحسابه، صحَّ في الشهر الأول وحده، ويحتمل الصحة فيما زاد من الشهور. وإن قال: أجرتك هذا الشهر بدرهم، وما بعده كل شهر بدرهمين، فوجهان، والقول بعدم الصحَّةِ اختاره القاضي، وتأوَّلَ قولَ أحمدَ في رواية أبي الحارث: هو جائز على الزمن الأول لا على الثاني. قال الشيخ الموفق: والظاهر عن [٣]أحمد خلافُ ذلك. قال في «الهداية»[٣]: الظاهرُ أن قول القاضي رجع إلى ما فيه الإشكال. قال في «المستوعب»: وعندي أنَّ حكمَ هذه المسألة حكمُ ما إذا آجره عيناً لكلِّ شهر بكذا، يعني: التي تقدمت.

الحاشية

* قوله: (وتجب الأجرةُ بالعقدِ، وله الوطءُ)

أي: إذا كانت الأجرة أمةً، فللمؤجر وطؤها ؛ لأنه قد ملكها بالعقد، فله وطؤها، أشبه ما لو اشتراها، والمرادُ لهُ ذلك بعد الاستبراء.

* قوله: (ويتوجه فيه)

أي: في الوطءِ، يحتملُ أن هذا التوجيه من روايةِ: إذا وجد الاستبراء في يد البائعِ قبل القبضِ لا يجزئ.

(١) ليست في (ط).

(٢) في (ط): «بدلها».

(٣ ـ ٣) في (ط): «عن أمر ذلك قال في البداية».

الفروع

المدة، بلا نزاع، فإن بذل تسليم عين لعمل في الذمة فوجهان*(م٥).

ويجوز تأجيلها، وقيل: إن لم يكن نفعاً في الذمة، وقيل: ويجب قبضها في المجلس. ولا تحلُّ في أصح قولي العلماء مؤجلةً بموتٍ* وإن حلَّ دَيْن؛

التصحيح

مسألة ـ ٥: قوله: (ولا يستقر إلا بمضي المدة بلا نزاع، فإن بذل تسليم عين لعمل في الذمة، فوجهان)، انتهى. قال الشيخ في «المغني»[1]: وإن بذل تسليم عين وكانت الإجارة على عمل، فقال أصحابنا: إذا مضت مدة يمكن الاستيفاءُ فيها، استقرَّ عليه[2] الأجرُ، وقال أبوحنيفة: لا أجرَ عليه، وهو أصح عندي. وكذا قال الشارح، ولم يختر ما اختاره في «المغني»، [3]وجزم في «الكافي»[4] بما اختاره في «المغني»: أنه لا يستقر ببذل التسليم[3]. وقطع في «الرعاية الكبرى» بما قاله الأصحابُ. وقدمه ابن رزين وغيره، وهو الصحيح من المذهب، وكان الأولى بالمصنف أن يُفصح باختيار الأصحاب إن لم يكن قدمه، والله أعلم.

الحاشية

*** قوله: (فإن بذل تسليمَ عين العملِ في الذمة، فوجهان).**

قال في «المغني»[1]: وإن بذلَ تسليمَ العينِ وكانت الإجارةُ على عمل، فقال أصحابنا: إذا مضت مدةٌ يمكن الاستيفاءُ فيها، استقر عليه الأجرُ، وبهذا قال الشافعي؛ لأن المنافع تلفت باختياره. وقال أبوحنيفة: لا أجرَ عليه، وهو أصحُّ عندي؛ لأنه عقدٌ على ما في الذمة، فلم يستقرَّ عوضُه ببذلِ التسليمِ كالمسلَّم فيه، ولأنه عقد على منفعةِ غيرِ مؤقتةٍ بزمنٍ، فلم يستقرَّ عوضُها بالبذل، كالصداقِ، إذا بذلت تسليمَ نفسها وامتنع الزوجُ من أخذها.

*** قوله: (ولا تحل في أصحِّ قولي العلماء مؤجلةً بموتٍ. .)** إلى آخره.

قال في «الاختيارات»: وإذا مات المستأجر، لم يلزم ورثتَه تعجيلُ الأجرة في أصحِّ قولي العلماء، وهذا على قول من يقول: لا يحل الدَّين بالموت ظاهر، وكذلك على قول من يقول بحلوله، في

(١) ١٩/٨.

(٢) ليست في (ط).

(٣ ـ ٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٤) ٣/٣٩٣.

الفروع لأنَّ حلها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلمٌ*، قاله شيخنا، قال: وليس لناظر وَقْف ونحوه تعجيلُها كلِّها إلاّ لحاجة، ولو شرطه، لم يجز؛ لأن الموقوف عليه يأخذ ما لا يستحقه الآن، كما يفرقون في الأرض المحتكرة إذا بيعت وورثت. فإنَّ الحكر من الانتقال يلزم المشتري والوارث، وليس لهم أخذُه من بائع وتركُه في أصحِّ قوليهم.

ولا أجرة ببذل عين في إجارة فاسدة، فإن تسلمها، فأجرةُ المثل؛ لتلف المنفعة بيده، وعنه: إن لم ينتفع، فلا أجرة، وفي «التعليق»: يجب المسمى في نكاح فاسد، فيجب أن نقول مثله في الإجارة، وعلى أنَّ القصد فيها العوضُ، فاعتبارها بالأعيان أولى. وفي «الروضة»: هل يجب المسمى في الإجارة، أم أجرةُ المثل وهي الصحيحة؟ فيه روايتان.

ولو أعطى ثوبه قَصَّاراً أو خيَّاطاً بلا عقد إجارة، أو استعمل حمَّالاً أو شاهداً ونحوه، جاز، وله الأجرة في الأصحِّ، وذكر الشيخ، وغيره لمنتصب، كتعريضه(١) بها، وكدخول حمَّام وركوب سفينة ملاح.

التصحيح ....

الحاشية أظهر قوليهم؛ إذ يفرقون بين الإجارة وغيرها، كما يفرقون في الأرض المحتكرة، إذا بيعت أو وُرثت، فإن الحكر يكون على المشتري والوارث، وليس لأصحاب الحكر أخذُ الحكر من البائع وتركة الميت، في أظهر قولي العلماء، وهذا معنى قول المصنِّف: (وليس لهم أخذُه من بائعٍ وتركةُ).

* وقوله: (لأن حِلَّها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلمٌ).

ظاهره: إن كانت المنفعةُ قد استوفيت ومضت المدةُ، صارت كالدين، وهو ظاهر؛ لأنها تصير كثمن المبيع المقبوض.

فائدة: يقال: حلَّ الدين يحِلُّ بالكسر، حلولاً: انتهى أجلُه، وحلَّ الحقُّ حلاً وحلولاً: وَجَبَ.

---

(١) في الأصل و(ر): «التعريضه».

الفروع

فصل

ما حَرُمَ بيعُه فإجارتُه مثلُه، إلا الحرَّ والحرَّةَ، ويَصرف بصرَه في النظر. نص عليه، والوقف، وأمّ الولد. ولا ينعقد إلا على نفع مباح لغير ضرورة، مقدور عليه، يستوفى دون الأجزاء، كإجارة دار يجعلُها مسجداً، أو كتاب للنظر. وفي المصحف الخلافُ. وفي «الموجز» روايتان(م٦). وحلي، وذكر جماعة فيه: يكره بجنسه، وعنه: لا يصحُّ، وقيل له: فثوب يلبسه؟ قال: لا بأس به؛ لأنه لا ينقص، وحيوان، وقيل: حتى كلب لصيد، وحراسة، وشجر لنشر ثياب وقعود بظله، وبقر لحمل وركوب، وغنم لدياسِ زرعٍ، وبيت في دار ولو أهمل استطراقه، وآدمي لقَود، أو إراقة خمر، وعنه: يكره فيها، ويحرم حملُها لشرب، على الأصحِّ، ومثلها ميتة لطرح أو أكل*، وتحرم إجارة دار لبيعه ونحوه، شرط في العقد أو لا، وغناء، وفَحْل لنزو، وفيه تخريج (وم) وكرهه أحمد لهما. زاد حرب: جدّاً.

التصحيح

مسألة ـ ٦: قوله: (وفي المصحف الخلاف. وفي «الموجز» روايتان). انتهى. يعني: بالخلاف الخلاف الذي في بيعه، وقد أطلقَ الروايات في كتاب البيع، وتقدم تحرير ذلك[1]، وأن الصحيح لا يصحُّ، فكذلك هنا، فليراجع، وقد قال المصنف هناك: (وإجارته كبيعه)، فحصل التكرار.

ولعله أراد بقوله: (وفي «الموجز» روايتان): إحداهما: كبيعه، والثانية: ليس كبيعه، فيجوز، وإن منعنا البيعَ لعدم رغبته عنه مطلقاً.

الحاشية

*** قوله: (ومثلها ميتة لطرح، أو أكل)**

الطرح في الميتة كالإراقةِ في الخمر، والأكل لها كالشربِ للخمر.

فائدة: الطبل منه محرم، وهو طبل اللهو، وغير محرم، وهو طبل الحرب، وقد صرحوا بذلك في الموصى به إذا وصى له بطبل، وله منها مباح ومحرم.

---

(١) ٦/ ١٣٤ ـ ١٣٥ .

الفروع قيل: فالذي يعطى ولا يجد منه بدّاً؟ فكرهه، ونقل ابن القاسم: وقيل له: ألا يكون مثل الحجام يُعطى وإن كان منهياً عنه؟ فقال: لم يبلغنا أن النبي ﷺ أعطى في مثل هذا شيئاً، كما بلغنا في الحجام[١]. وحمله القاضي على ظاهره، وقال: هذا مقتضى النظر ترك في الحجام*. وحمل في «المغني»[٢] كلام أحمد هذا على الورع، لا التحريم.

قال شيخنا: ولو أنزاه على فرسه، فنقص، ضمن نقصه، ونفع مغصوب* وأرض سبخة لزرع. قال في «الموجز»: وحَمَام لحمل الكتب لتعذبه، وفيه احتمال. قال في «التبصرة»: وهو أولى، وأنه تصح إجارة هرٍّ، وفهد، وصَقْر معلم للصيد، مع أنه ذكر في بيعها الخلاف، وشمع ليشعله، وجعله شيخنا مثل كل شهر بدرهم، فمثله في الأعيان نظير هذه المسألة في المنافع، ومثله: كُلَّما أعتقت عبداً من عبيدك، فعليَّ ثمنُه، فإنه يصحُّ وإن لم يبين العدد والثمن، وهو إذْنٌ في الانتفاع بعوض، واختار جوازه، وأنه ليس بلازم بل جائز، كالجعالة. وكقوله: ألق متاعك في البحر، وعليَّ ضمانه، فإنه جائز، ٥١/٢ أو من ألقى كذا، فله كذا، ومن ألقى كذا/ فله كذا. وجواز إجارة ماء قناة

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (ترك في الحجام)

أي: للخبر[١].

* قوله: (ونفع مغصوب)

عطف على دار في قوله: (وتحرم إجارة دار لبيعه) وكذا ما بعده. .

---

(١) أخرج البخاري (٢٢٧٩)، ومسلم (٢٢٠٨)، عن ابن عباس قال: «احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجَّام أجره، ولو علم كراهيته، لم يعطه».

(٢) ١١٩/٨.

الفروع

مدة، وماءِ فائضٍ بركةٍ رأياه، وإجارةِ حيوان لأخذ لبنه، قام به هو أو ربه، فإن قام عليها المستأجر وعلفها، فكاستئجار الشجر، وإن علفها ربها، ويأخذ المشتري لبناً مقدراً، فبيع محض، وإن كان يأخذ اللبن مطلقاً، فبيع أيضاً، وليس هذا بغرر؛ لأنَّ الغرر ما ترددَ بين الوجود والعدم، فهو من جنس القمار الذي هو الميسر، وهو أكل المال بالباطل، كبيع الآبق والشارد.

قال: والمنافع والفوائد تدخل في عقود التبرع، سواءٌ كان الأصل محتبساً بالوقف أو غير محتبس، كالعارية ونحوها، كما نص عليه الشارع في منيحة الشاة، وهو عاريتها للانتفاع بلبنها، كما يعيره الدابةَ لركوبها، ولأن هذا يحدث شيئاً فشيئاً، فهو بالمنافع أشبه، فإلحاقه بها أولى، ولأن المستوفي بعقد الإجارة على زرع الأرض، هو عينٌ من الأعيان، وهو ما يحدثه من الحبِّ بسقيه وعمله، وكذا مستأجرُ الشاة للبنها، مقصودُه ما يحدثه الله من لبنها بعلفها والقيام عليها، فلا فرق بينهما، والآفاتُ والموانعُ التي تعرض للزرع أكثر من آفات اللبن؛ لأن الأصل في العقود الجوازُ والصحَّةُ.

قال: وكظئر، ومثلها نفع بئر. وفي «المبهج» وغيره: ماء بئر. وفي «الفصول»: لا يستحق بالإجارة؛ لأنه إنما يملك بحيازته. وفي «الانتصار»: قال أصحابنا: لو غار ماءُ دار مؤجرة فلا فسخ؛ لعدم دخوله في الإجارة. وفي «التبصرة»: لا يملك عيناً ولا يستحقُّها بإجارة إلا نفعَ بئر في موضع مستأجَر، ولبن ظئر [فإنهما] يدخلان[1] تبعاً، وذكر صاحب «المحرر» وغيره: إن قلنا: يملك الماء، لم يجز مجهولاً، وإلا جاز. ويكون على أصل

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) في (ط): «فيه خلاف».

الفروع الإباحة، وهل المعقودُ عليه اللبنُ أو الحضانةُ، أو يلزمه أحدهما* بعقده على الآخر، واعتبار رؤية مرتضع؟ فيه وجهان(م٧، ١٠).

التصحيح **مسألة ـ ٧ ـ ١٠**: قوله: (وهل المعقود عليه اللبنُ أو الحضانةُ، أو يلزمه أحدُهما بعقده على الآخر، واعتبار رؤية مرتضع؟ فيه وجهان). انتهى: يعني: في كل مسألة وجهان، وفيه مسائل:

المسألة الأولى ـ ٧: هل المعقود عليه في الرضاعة اللبنُ أو الحضانةُ؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»[١]، و«الفائق»:

أحدهما: المعقود عليه الحضانة، وهي خدمة الولد، وحمله، ووضع الثدي في فيه، وأمّا اللبنُ فيدخل تبعاً، وهو الصحيح. قال في «الرعاية الكبرى»: وقع العقدُ على المرضعة، واللبنُ تبعٌ، يُستحقُّ إتلافه بالرضاعة، وقدمه الشارح وابن رزين في «شرحه». قال ابن عقيل في «الفصول»: الصحيح أن العقد وقع على المنفعة، ويكون اللبن تبعاً، وقال القاضي في «الخصال»: لبنُ المرضعة يدخل في عقد الإجارة، وإن كان يهلك[٢] بالانتفاع؛ لأنه يدخل على سبيل التبع. انتهى.

قلت: ويحتمله كلام صاحب «المقنع»، وغيره [٣]وكذا المصنف وغيره، حيث قالوا: يعقد على نفع العين دون إجرائها إلا في الظئر، ونقعُ البئر يدخل تبعاً[٣]. وصرح به

الحاشية *** قوله: (أو يلزمه أحدهما)**

كذا وقع في النسخ بألف قبل الواو، والذي يظهر حذف الألف؛ ولهذا قال في المسألة التي بعدها: (واعتبار) بغير ألف، فيكون قد ذكر ثلاث مسائل، وذكر في كل واحدة وجهين، ويكون تقدير الكلام، وهل المعقود عليه اللبن أو الحضانة؟ وهل إذا عقد على أحدهما وعيَّنه، يلزمه الآخرُ؟ وهل يشترط رؤية المرتضع؟ في ذلك وجهان.

---

(١) ٨/ ٧٤.
(٢) في (ط): «تملك».
(٣ـ٣) ليست في (ط).

الفروع

وقيل: الحضانة تتبع للعُرْف، وقيل: عكسه، ويعتبر محل رضاع، ورخص أحمد في مسلمة تُرضع طفلاً لنصارى بأجرة، لا لمجوسيٍّ، وسوَّى

التصحيح

في «المستوعب» وغيره، حيث قال: ولا تستحق بعقد الإجارة عين إلا في [1] موضعين؛ لبن الظئر ونقع البئر [1]، فإنهما يدخلان تبعاً، وكذا قال في «التبصرة»، كما حكاه المصنف عنه.

والوجه الثاني: العقد وقع على اللبن. قال القاضي: وهو الأشبهُ. قال ابن رزين في «شرحه»: وهو الأصح؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، [2] واختاره الشيخ تقي الدين [2]. قال في «الهدي»: والمقصود إنما هو اللبن، قوي ذلك بعشرة وجوه ذكره في آخر «الهدي»، قال الناظم:

وفي الأجود [3] المقصود بالعقد دَرُّها [4] والارْضاعُ، لا حَضنٌ ومبدأُ مقصِدِ [5]

انتهى. وهو ظاَهرُ ما قطع به في «الكافي» [6] فإنه قال: ولا يجوز عقدُ الإجارة على ما يذهب أجزاؤه بالانتفاع به، [7] إلاّ في الظئر [7] يجوز للرضاع؛ لأن الضرورة تدعو إليه. وقوله: وقولهم: إلاّ في الظئر ونقع البئر يدخل تبعاً، قوله: تبعاً إلى نقع البئر لا الظئر، ومال إليه ابن مُنجًا في «شرح المقنع»؛ فعلى هذا: يكون الاستثناءلجواز هلاك العين في الإجارة في الظئر، والله أعلم.

المسألة الثانية ـ ٨ ـ ٩: إذا عقد على أحدهما، هل يلزمهما [8] الآخر أم لا؟ أطلق الخلاف، وفيه مسألتان:

الحاشية ....

(١ ـ ١) في (ط): «موضع لبن الظرء وبقع السر».
(٢ ـ ٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).
(٣) في (ط): «الأجور».
(٤) في (ط) و(ح): «ردها».
(٥) في (ط): «يقصده».
(٦) ٣/ ٣٨٣.
(٧ ـ ٧) في (ط): «لا في الطير».
(٨) في (ط): «يلزمها».

الفروع أبوبكر وغيره بينهما؛ لاستواء البيع والإجارة. ومن أعطى صياداً أجرة ليصيد

التصحيح **المسألة الأولى ـ ٨**: لو استأجرت للرضاع وأطلق، فهل تلزمها الحضانة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»[١]، و«الشرح»[٢]، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم، وذكره القاضي ومن بعده:

أحدهما: تلزمها الحضانة أيضاً، قدمه في «الرعاية الكبرى» في الفصل الأربعين من باب الإجارة.

والوجه الثاني: لا يلزمها سوى الرضاع، قدمه ابن رزين في «شرحه». قلت: الصواب في ذلك الرجوع إلى العرف والعادة، فيعمل بهما.

المسألة الثانية ـ ٩: وهي الثالثة. لو استؤجرت للحضانة، فهل يدخل الرضاع أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الرعاية الكبرى» في موضع:

أحدهما: يلزمها الرضاع أيضاً، قدمه في «الرعاية الكبرى» في الفصل الأربعين.

والوجه الثاني: لا يلزمها. قال في «التلخيص»: لم يلزمها وجهاً واحداً. انتهى. قلت: وهو أقوى في هذه المسألة، والصواب الرجوع إلى العُرف، وإن دلت قرينة، عمل بها.

المسألة الرابعة ـ ١٠: هل تعتبر رؤيةُ المرتضع لصحة العقد، أم تكفي صفتُه؟ أطلق الخلاف فيه:

أحدهما: تكفي صفته، وهو الصحيح، جزم به في «الرعايتين»[٣]، و«الفائق»، وهو الصواب.

١٤٧ والوجه الثاني/: تشترط رؤيته لصحة العقد، جزم به في «المذهب»، وقدمه في «المغني»[١]، و«الشرح»[٢]، و«شرح ابن رزين»، و«النظم»، وهذا الصحيح، على ما اصطلحناه، والله أعلم.

الحاشية ....

(١) ٨/ ٧٣.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢٨٣.

(٣) (ط): «الرعاية».

الفروع

له سمكاً ليختبر بخته، فقد استأجره ليعمل له بشبكته، قاله أبوالبقاء.

ومنع في «المغني»[١] وغيره إجارة نقد أو شمع للتجمل*، وثوب لتغطية نَعْش، وما يسرع فسادُه، كرياحين.

قال في «الترغيب» وغيره: وتفاحة للشم، بل عنبر؛ لأنه المقصود منه، وظاهر كلام جماعة جوازه. وتصح الإجارة لحجامة*، كفصد، ويكره للحر

التصحيح

....

الحاشية

*** قوله: (ومنع في «المغني» وغيره إجارة نقد أو شمع للتجمل)**

الذي جزم به في «المغني»[٢]: أنه يجوز إجارة الدراهم والدنانير للتحلي، ثم ذكر بعد ذلك بقريب ورقة: أنه لو استأجر شمعاً للتجمل، لم يجز؛ لأنَّ ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرعِ، فبذلُ المال فيه سفهٌ، وأخذه أكلُ مال بالباطل، فلم يجز، كما لو استأجرَ خبزاً لينظر إليه، وكذلك لو استأجر طعاماً ليتجمل به على مائدته، لم يجز؛ لما ذكر، وهكذا سائر الأشياء. ولا يصح استئجار ما لا يتباقى من الرياحين[٣] كالورد، والبنفسج، والريحان الفارسي، وأشباهه لشمها؛ لأنها تتلف عن قريب، أشبهت المطعومات، فإن كان المصنِّف أخذ منعَ إجارة النقد للتحلي من قوله: وكذلك سائر الأشياء، فهو في غاية البعد؛ لأن مرادَه الأشياء التي لم يقصد منها التجمل بدليل قوله: لأن ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع، وأمّا النقدُ للتحلي، فهو بمنزلة الحلي، فمنفعتُهُ لذلك منفعةٌ مقصودةٌ، وقد تقدم أنه في «المغني» جزم بجواز إجارة النقد للتحلي، إلا أن يقال: فرق بين مسألة التحلي ومسألة التَّجمُّل، ويكون المرادُ من التجمل وضعه للنظر فقط، كالتجمل بالشمع، وأمّا التحلي، فالمرادُ به النظرُ إليه مع اللبس، فيحرر ذلك.

*** قوله: (وتصح الإجارة لحجامة[٤])**

قال في «الفائق»: ولا تصح للحجامة. نص عليه، ذكره القاضي واختاره، وصححها أبوالخطاب

(١) ٨/ ١٢٩.

(٢) ٨/ ١٢٦.

(٣) بعدها في (ق): «كماء».

(٤) في النسخ الخطية «للحجامة»، والمثبت من «الفروع».

الفروع أكله، وعنه: يحرم، واختار في «التعليق»: على سيده*، وعنه: لا يصح، اختاره القاضي والحُلواني، وكذا أخذه بلا شرط، وجوزه الحلواني وغيره لغير حرٍّ.

وتجوز إجارة مسلم لذمي في الذمة، قال ابن الجوزي: على المنصوص، وفي مدة روايتان[م١١]. لا لخدمة، على الأصحِّ. وكذا إعارتُه، ولا إجارة مشاع مفرداً، وعنه: بلى، اختاره العكبري، وأبوالخطاب، وقدمه في «التبصرة»، كشريكه، وفي طريقة بعض أصحابنا ويتخرج لنا من عدم[1] إجارة المُشاع: أن لايصح رهنه، وكذلك هبته، ويتوجه: ووقفه، قال:

التصحيح **مسألة ـ ١١**: قوله: (وتجوز إجارة مسلم لذمي في الذمة، وقال ابن الجوزي: على المنصوص، وفي مدة روايتان) انتهى. يعني: في جواز [2] إجارته لعمل[2] غير الخدمة مدة معلومة، وأطلقهما الناظم:

إحداهما: يجوز، وهو الصحيح، صححه الشيخ في «المغني»[3] والشارح، وقال في «المغني» أيضاً المصراة[4] هذا أولى، وجزم به في «المحرر»، و«الوجيز»، وقدمه في «الشرح»[5]، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير».

والرواية الثانية: لا يجوز، ولا يصح.

الحاشية والشيخ، وفي كراهة الأجرة وجهان، وقيل: إن كان عبداً فلا، وله إطعامُه رقيقَهُ وبهائمه، ولو أعطى من غير عقد، فجائزٌ.

* **قوله: (واختار في «التعليق»: على سيده)**

أي: يحرم أكله على سيده.

---

(١) ليست في الأصل و(ر).

(٢ ـ ٢) في (ط): «إيجار تداخل».

(٣) ٨/ ١٣٥.

(٤) في (ط): «المعراة».

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٣٦.

الفروع

والصحيح صحة رهنه وإجارته وهبته، ولا خلاف في صحة بيعه، والمراد عند الأئمة الأربعة، وإلاّ ففي بيعه خلاف ذكره ابن حزم، وهو قول الحنفية في مُشاع من غرس.

وهذا التخريج خلاف نص أحمد في رواية سندي: يجوز بيع المشاع ورهنه، ولا يجوز أن يؤجر؛ لأن الإجارة للمنافع، ولا يقدر على الانتفاع، وهل مثلُه إيجار حيوان ودار لاثنين وهما لواحد أو يصح؟ فيه وجهان(م١٢).

وكذا وصيةٌ بمنفعة*، ولا امرأة بلا إذن الزوج، ولا يُقبل قولها: إنها ذات زوج، أو: إنها مؤجرة قبل نكاح.

التصحيح

(١ تنبيه: قوله بعد ذلك: لا لخدمة، على الأصحِّ، وكذا إعارته. انتهى. فظاهر هذه العبارة أنه لا يجوز إعارة عبد مسلم لذمي للخدمة، على أصحِّ الروايتين، وهو الصحيح، وقيل في العارية: إعارة كل ذي نفع جائز منتفع به مع بقاء عينه إلاّ البضع، وما حرم استعماله لمحرم، وفي «التبصرة»: وعبداً مسلماً لكافر، ويتوجه كإجارة. انتهى. فقطع هنا: أن إعارته كإجارته، وظاهر ما قدمه في العارية الجواز، وما منع إلاّ صاحب «التبصرة»، ثم وجه من عنده أنه كالإجارةِ، فحصل الخلل من وجهين فيما يظهر، والله أعلم ١).

مسألة ـ ١٢: قوله بعد ذكر حكم إجارة المشاع: (وهل مثله إيجار حيوان ودار لاثنين وهما لواحد أو يصحُّ؟ فيه وجهان) انتهى.

أحدهما: هو كإجارة المشاع، جزم به «المغني»(٢)، و«الشرح»(٣)، و«الوجيز»، وفرضها في الحيوان والدار كالمصنف(٤)، وفرضها في «المغني»(٢)، و«الشرح»(٣)

الحاشية

*** قوله: (وكذا وصية بمنفعة)**

الذي يظهر: أنها: وكذا وصية بنفعه، أي: بنفع المشاع.

(١-١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) ٨/ ٥٢.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٢٦٨.

(٤) ليست في (ط).

الفروع

ويحرم على أذان، وإمامة صلاة، وتعليم قرآن، ونيابة حج. وفي حديث وفقه وجهان(م١٣)، وذكر شيخنا وجهاً: يجوز لحاجة، واختاره، وعنه: مطلقاً كأخذه بلا شرط. نص عليه (وش) ومنع في إمامة، وكذا مالك، إلا في إمامة تبعاً لأذان.

وكجعالة[١]، وقال الشيخ: فيها وجهان، وهو ظاهر «الترغيب» وغيره. وفي «المنتخب»: الجعل في حج كأجرة، ونصه: الجواز على الرقية (و) لأنها مداواة، ونقل حنبل: يكره للمؤذن أن يأخذ على أذانه أجراً. قال شيخنا: وهو معنى كلام بعضهم، ومن لم يجوزه، لم يجوز إيقاعها على غير وجه العبادة للّه تعالى، كصلاة، وصوم، وقراءة، والاستئجارُ يخرجها عن ذلك، ومن جوزه؛ فلأنه نفع يصل إلى المستأجر كسائر النفع، وجوّز إيقاعها غير عبادة في هذه الحال؛ لما فيها من النفع.

قال: وأمّا ما يؤخذ من بيت المال، فليس عوضاً وأجرةً، بل رزق

التصحيح

الدار فقط، يعني: إذا كانت لواحد وآجرها لاثنين، وظاهركلام المصنف إيجار الحيوان والدار لاثنين.

والوجه الثاني: يصحُّ هنا وإن منعنا الصحة في المشاع.

قلت: وهو الصواب، وعليه العمل.

مسألة ـ ١٣: قوله: (ويحرم على أذان، وإمامة صلاة، وتعليم قرآن، ونيابة حج. وفي حديث وفقه وجهان) انتهى:

أحدهما: هما ملحقان بما قبلهما، فتحرم الإجارة عليهما، جزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المحرر»، وغيرهم، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وصححه الناظم.

الحاشية

....

---

(١) ليست في الأصل.

الفروع

للإعانة على الطاعة، فمن عمل منهم للّه أُثيب، وما[1] يأخذه رزق للإعانة على الطاعة. ويأتي ما يؤيده في آخر الجهاد[2]، وقيل للقاضي: لو خرج الأذان عن كونه قربة، لم يقع صحيحاً، وقد قلتم: يقع به الإجزاء دل على أنه قربة، فقال: الحكم[3] بصحته لا يدل على كونه قربةً، كالعتق على مال يصحُّ، وليس بقربة، ثم فرق بينه وبين البناء والخياطة؛ بأنهما يقعان قُربةً وغير قربة، والأذان شرطه أن يقع قُربةً، كالصلاة، ويجوز على حساب وخط. وفي «المبهج»: لا مشاهرة.

وتحرم أجرةٌ وجَعالة على ما لا يتعدى نفعه، كصوم وصلاةٍ* خلفه*،

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (وتحرم أجرة وجَعالة على ما لا يتعدى نفعُه، كصوم وصلاة)

قال الشيخ تقي الدين في «شرح المحرر»: فإن استأجرَ قوماً يصلون معه الجمعة أو التراويح أو الفرض، لم يجز. ذكره القاضي محل وفاقٍ في أصلٍ قاس عليه.

* قوله: (خلْفَه)

الذي يظهر: أنها بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام وفتح الفاء وتنوين التاء في آخره، والمراد: أنه يخلفُه في ذلك، أي: يكون خليفةً عنه. وهذا يقع كثيراً من الرافضة؛ لأنهم يوصُون أن يُستأجَر لهم بعد موتهم من يصلِّي عنهم.

ويحتملُ أن يكون خلفَهُ بفتح الخاء وهاء في آخره، وتكون الهاء ضميراً يرجع إلى المستأجرِ، ويكون المرادُ ما نقلهُ أبوالعباس عن القاضي، كما تقدم، والذي يقوى عندي الأول؛ لأنَّ الصلاة معه يتعدى نفعُها، وكلام المصنِّف فيما لا يتعدى نفعُه، وإذا كانت الصلاة معه مما يتعدى نفعه، فلا يصلح[4] مثالاً لما لا يتعدى نفعه، وإن كانت الصلاة معه لا تجوز الإجارة عليها، كما ذكره القاضي.

(١) ليست في (ب).
(٢) ١٠/ ٣٣٠.
(٣) في الأصل: «الحاكم».
(٤) في (ق): «يصح».

الفروع ويجوز الرزقُ على مُتعدٍّ. وفي «التذكرة»: في غَزْو[١] لا، كأخذ الرزق في بناء ونحوه، ذكره في «الخصال»، و«التلخيص»، وذكره في «التعليق». نقل صالح وغيره: لا يعجبني أن يأخذ ما يحُجُّ به، إلاّ أن يتبرع. وقال شيخنا: المستحبُّ أن يأخذَ ليحجَّ، لا أن يحجَّ ليأخذ، فمن يحبُّ إبراء ذمة الميت. أو رؤيةَ المشاعر، يأخذ ليحج. ومثله كل رزق أُخذ على عمل صالح، ففرَّقَ[٢] بين من يقصد الدِّين، والدنيا وسيلتُه، وعكسه؛ والأشبهُ أن عكسَه ليس له في الآخرة من خَلاَق، قال: وحجه عن غيره ليستفضل[٣] ما يُوفِّي دَينه، الأفضل تركُه، لم يَفعله السلفُ، ويتوجه فعلُه لحاجة، ونقل ابن ماهان فيمن عليه دَيْنٌ وليس له مايحجُّ به، أيحجُّ عن غيره ليقضي دينَه؟ قال: نعم.

وفي «الغنية» إن فرط فيه حتى افتقر، فعليه الخروج ببدنه مفلساً، فإن لم يقدر، فعليه أن يتكسب، فإن لم يقدر فليسأل الناس، وقيل للقاضي وغيره: أخذ الأجرة لا يخرجه عن القربة؛ بدليل الرزق، فقالوا: الرزق ليس في مقابلة العمل؛ بدليل أنه لا يختص بزمن معلوم وأجرة معلومة، وإنما يأخذه؛ لأن له حقّاً في بيت المال؛ ولهذا يستحقه الغني والفقير، (٤ولا يختص بزمن معلوم وأجرة معلومة٤).

وفي «الفنون»: أنَّ بعض أصحابنا قال: عبادات، فاعتبر لها الإخلاصُ، فقال ابن عقيل: لو كانت الأجرة قادحة في الإخلاص، ما استحقت الغنائم

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) في (ط): «غزوه».

(٢) في (ط): «فيفرق».

(٣) في (ط): «ليتفضل».

(٤-٤) ليست في الأصل.

الفروع

وسلب القاتل، وكذا أخذ مُؤذِّنين وقضاة من بيت المال. وقال: تجوز الأجرة على ذبح الأضحية والهدي، بلا خلاف، كتفرقة الصدقة ولحم الأضحية، والذي هو محض القربة ما كان بالإهداء، فأمّا الذبح، فهو تقريبٌ لها إلى الفقراء.

وتجوز إجارة العين مدةً، / ويشترط كونُها معلومةً لا يظن عدمها فيها، ٢/ ٥٢ وإن طالت، وقيل: إلى سنة، وقيل: ثلاث، وقيل: ثلاثين، وظاهره: ولو ظن عدم العاقد، ولو مدة لا يظن فناء الدنيا فيها. وفي طريقة بعض أصحابنا في السلم: الشَّرع يراعي الظاهر، ألا ترى لو اشترط أجلاً تفي به مدته، صحَّ، ولو اشترط مئتين[1] أو أكثر، لم يصحَّ، وسواء وَلِيَت العقد أو لا، أو كانت مشغولةً بإجارة أو غيرها، وظن التسليم في وقته المستحق، أو لم تكن، فإن كانت مرهونةً وقت العقد، فوجهان(م١٤).

التصحيح

والوجه الثاني: يصح هنا، وهوالصحيح، اختاره الشيخ الموفق، والشارح، وغيرهما، وجزم به في «الكافي»[2]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم.

مسألة ـ ١٤: قوله: (وتجوز إجارة العين مدة. . وسواء وليت العقد أو لا، أو كانت مشغولةً بإجارة أوغيرها، وظن التسليم في وقته المستحق، أو لم تكن، فإن كانت مرهونةً وقت العقد، فوجهان) انتهى. قال في «الرعاية الكبرى»: وإن أجره شيئاً مدة لا تلي العقد، صحَّ إن أمكن تسليمه في أولها، سواء كان فارغاً وقت العقد أو مؤجراً.

قلت: فإن كان ما آجره مرهوناً وقت العقد، لا وقت التسليم المستحقِّ بالأجرة احتمل وجهين. انتهى.

قلت: الصواب أنه إن ظن تسليمها وقت الوجوب، صحَّت، وإلا فلا، وهو ظاهر

الحاشية ....

---

(١) في (ب) و(ر): «ما بين».
(٢) ٣/ ٣٨٤ .

الفروع

وقولنا: وظن التسليم، كذا قاله بعضهم، وفي «الرعاية»: إن إمكن التسليم، وقال الشيخ وغيره لمن علل في منع إجارة المضاف بأنه لا يمكن تسليمُه في الحال، كالعين المغصوبة، قالوا: إنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه*، كالسَّلَم فإنه لا يُشترط وجود القدرة عليه حال العقد، قالوا: ولا فرق بين كونها مشغولةً أو لا؛ لما ذكرنا.

التصحيح

كلام كثير من الأصحاب، وداخل في عموم كلامهم، ويُعرف ذلك في هذه المسألة بحال الراهن؛ بأن يكون قادراً أو باذلاً مع القدرة على التحصيل، وقت الحلول، والله أعلم.

تنبيه: الظاهر: أنَّ المصنفَ تابع ابن حمدان في «رعايته» في إطلاق الخلاف، والظاهر من كلام صاحب «الرعاية»: أن هذين الوجهين لم يُسبق إليهما، بل هو استنبطهما وخرَّجَهما، وهو كالصريح في كلامه، فإذن في إطلاق المصنف الخلاف نظرٌ ظاهرٌ؛ لأنَّ الأصحابَ لم يختلفوا في الترجيح في هذه المسألة حتى يطلق الخلاف فيها، بل ولا يعرف لهم كلام فيها، ولم نر هذين الوجهين إلا لهذين الرجلين، والله أعلم.

ويمكن الجواب بأن يقال: المقيس عليه والمشابه لهذه المسألة اختلف الأصحاب في الترجيح فيها؛ لأنَّ المجتهدَ إذا خرَّجَ مسألةً، فلا بُدَّ من تخريجها على أصلٍ مشهورٍ في المذهب، واللّه أعلم.

الحاشية

*** قوله: (قالوا: إنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه).**

لا يلزم منه عدمُ صحةِ إجارةِ المشغولِ إذا كانت المنفعةُ مملوكةً للمؤجر؛ لأنَّه إذا كانت مملوكةً له، فهو قادر على التسليم؛ لعدم وجود ما يمنع من ذلك، وإنما يمتنع إذا كانت المنفعةُ مملوكةً لمن هي مشغولة بملكه، والمسألة مفروضة في غير ذلك، وإذا كان الأمر كذلك، لم يبق للمصنف فيما ذكره دليلٌ، فإن اتضح لذلك دليلٌ يصححه، عمل به، وإلا تعيَّن العملُ بما ذكر من تصحيح إجارة المشغول، كما ذكره أبوالعباس في مسألة القصب، واختاره في «الفائق»، وقوله في «الفائق»: ظاهر كلامهم: أنه لا يصحُّ، لم يذكر له دليلاً، لكنه موافق لما ذكره ابن القيم في «إعلام الموقعين»، والخلافُ في المسألة معروفٌ، وإنما المراد في كلام الأشياخ: هل يقتضي صحةَ ذلك أو عدمَه؟ والذي ظهر لي الصحةُ، والله أعلم.

الفروع

وكذا قال ابن عقيل في «الفنون» أو في «الفصول»: لا يتصرف مالكُ العقار في المنافع بإجارةٍ ولا إعارة إلاّ بعد انقضاءِ المدة واستيفاءِ المنافع* المستحقَّة عليه بعقد الإجارة؛ لأنه ما لم تَنقض المدةُ له حقُّ الاستيفاء، فلا تصحُّ تصرفات المالك في محبوس بحقٍّ؛ لأنَّه يتعذر التسليم المستحَّقُّ بالعقد، فمراد الأصحاب متفق، وهو: أنه تجوز إجارة المؤجر، ويعتبر التسليم وقت وجوبه، وأنه لا يجوز إيجاره لمن يقوم مقام المؤجر، كما يفعله بعض الناس.

وأفتى جماعة من أصحابنا وغيرهم في هذا الزمان أن هذا لا يصحُّ*،

التصحيح

ويمكن أن يكون المصنف اطلع على خلافٍ في المذهب في هذه المسألة، واختلفوا في الترجيح، وهو بعيدٌ، والمعتمد عليه الأول.

الحاشية

* **قوله: (أو[1] في «الفصول»: لا يتصرفُ مالكُ العقار في المنافعِ بإجارة ولا إعارة إلا بعد انقضاء المدة واستيفاء المنافع)**

ظاهره: أن بعد انقضاء المدة واستيفاء المنفعة المستحقة/ بعقد الإجارة أنه يتصرف ولو كانت مشغولةً بغراس الأول أو بنائه، فهذا يدل على عكس قول المصنف؛ لأنَّ المصنف جعله دليلاً على عدم إجارة المشغول، والذي يظهر كما ترى في كلامه عكس ذلك، نعم فيه دليل على أن إجارةَ العين المؤجرة في مدة إجارة الأول لاتصح، فظاهره: أن إجارةَ المضاف في مثل هذه الصورة لا تصحُّ. ١٦٣

* **قوله: (وأفتى جماعةٌ من أصحابنا وغيرهم في هذا الزمان، أن هذا لا يصح)**

قول الشيخ تقي الدين في مسألة القصب، يخالف ما أفتى به الجماعةُ، ويصحح [2]إجارة من[2] يقوم مقامه.

---

(١) في النسخ الخطية: «و»، والمثبت من «الفروع».

(٢-٢) في (د): «إجاره لمن».

الفروع وهذا واضح*، ولم أجد من كلامهم ما يخالفُ هذا*. ومن العجب قولُ بعضهم في هذا الزمان [١] الذي يخطر بباله من كلام أصحابنا أن هذه الإجارةَ تصحُّ*، كذا قال، وقد قال شيخنا فيمن استأجر أرضاً من جندي

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (وهذا واضحٌ)

لم يظهر وضوحه، بل الواضحُ خلافُه، لما ذكروه في مسألة المضاف، واختاره صاحب «الفائق»، وذكر أبوالعباس في مسألة القصب أنه الصحيح.

* قوله: (ولم أجد من كلامهم ما يخالفُ هذا).

كلام الشيخ تقي الدين في مسألة القصب يخالفُه، وظاهر كلامهم في إجارة المضاف يخالفه؛ لأنهم لم يشترطوا فراغها عند أول مدةِ الثاني، مع أن اللازمَ غالباً في الغراس والبناءِ أنها تكون مشغولةً عند فراغ مدة الأول، فإذا كانت مدةُ الثاني تلي مدة الأول، لزم أن تكون مشغولةً أيضاً، وليس في كلامهم ما يمنع من إجارة المضاف في مثل هذه الصورة.

* قوله: (ومن العجب قول بعضهم في هذا الزمان الذي يخطر بباله من كلام أصحابنا أن هذه الإجارة تصحُّ).

هذا الذي خطر ببال هذا القائل هو مقتضى ما حكاه المصنف في قوله: (وقد قال شيخنا) إلى آخره، وقد صرَّح في «الاختيارات» في نقل هذه المسألة عن الشيخ أنه قال: ويقوم ذلك الغيرُ فيها مقامَ المؤجر، وهذا القولُ هو اختيار صاحب «الفائق» فإنه قال: ظاهر كلام أصحابناعدمُ صحة إيجار المشغول بملك غير المستأجر. وقال شيخنا: يجوز في أحد القولين، وهو المختار، وصرح ابن القيم في «إعلام الموقعين» بعدم الصحة، ذكره في «كتاب الحيل»، وهو مخالف لما ذكره شيخه في مسألة القصب المذكورة، في مسألة الإقطاع، ولعل ما خطر ببال هذا القائل من كلام الأصحاب حصل من قولهم: تصح إجارة المضاف، سواء كانت مشغولةً أو لا؛ ولم يفرقوا بين كونها مشغولة بملك المستأجرِ أو غيره، ولم يصرحوا أنه يشترط فيما إذا كانت مشغولة عند[٢] فراغها عند دخول[٢]

(١) بعدها في الأصل و(س) و(ط): «إن».

(٢) ليست في (د).

الفروع

وغرسها قصباً، ثم انتقل الإقطاعُ عن الجندي: إن الجنديَّ الثاني لا يلزمه حكمُ الإجارة الأُولى، وإنه إن شاءَ أن يُؤجرها لمن له فيها القَصَبُ أو لغيره، وليس لوكيل مُطْلَقِ الإيجارُ مدةً طويلةً، بل العُرْفُ، كسنتين ونحوهما، قاله شيخنا.

ولو قال: آجرتك شهراً، لم يصحَّ. نص عليه، وعنه: صحتُه، اختاره الشيخ، وابتداؤه من حين العقد، ولو آجره في أثناء شهر سنةً، فشهر بالعدد ثلاثين. نص عليه في نذر وصوم، وباقيها بالأهلة، وعنه: الجميع بالعدد، وكذا ما اعتبرت[1] الأشهر فيه، كعدة، ونص عليهما في نذر، وعند شيخنا:

التصحيح

....

الحاشية

مدة الثاني، وإذا جاز عند دخول مدة الإجارة أن تكون مشغولةً بملك غيره، كان ذلك دليلاً على صحة العقد عليها، وهي مشغولةٌ بملك غيره، ويكون الحكمُ فيما إذا عقد عليها وهي مشغولةكالحكم فيما إذا انقضت مدة الإجارة الأولى وهي مشغولة، ويكون ما قاله الشيخ في مسألة القصب أنَّ المستأجر يقوم مقام المؤجر، والذي ينبغي أنه حيث قلنا بالصحة، أنه لا بُدَّ من قدرة المستأجر على أخذها ممن هي مشغولةٌ بملكه، كما قالوا في بيع المغصوب من غير غاصبه: أنه لا يصح إلا إذا كان قادراً على أخذه منه، وأقل أحوال هذا، أن يكون كذلك، فتلخص أن إجارة المشغول بملك غير المستأجر حالة العقد، واستحقاق المستأجر المنافع، فيه خلاف، واختلف في الراجح، فالمصنف يقول بعدم الصحة، وأنه مراد الأصحاب. وفي «الفائق»: هو ظاهر كلامهم. والقول الثاني: يصحُّ، وهو الذي خطر ببال بعضهم من كلام الأصحاب على ما ذكره المصنف. وقال في «الفائق»: هو المختار، وهو مقتضى كلام أبي العباس في مسألة انتقال الإقطاع على ما يأتي قوله، وقد قال شيخنا فيمن استأجر أرضاً من جنديٍّ فغرسها قصباً ثم انتقل الإقطاع عن الجندي: إن الجندي الثاني لا يلزمُه حكمُ الإجارة الأولى، وأنه إن شاء أن يؤجرها لمن له فيها القصب أو لغيره. وكذا ذكر في «الاختيارات» هذه المسألة إلاّ أنه قال: وله أن يؤجرها لمن له فيها القصب، وكذا لغيره

(١) هنا نهاية النسخة (ب).

الفروع إلى مثل تلك الساعة*.

فصل

والإجارة أقسامٌ:

عينٌ موصوفة في الذمة، فيشترط صفات سَلَم، ومتى غُصبت أو تَلفت أو تعيَّبت، لزمه بدلُها، فإن تعذر، فللمكتري الفسخُ، وتنفسخ بمضي المدة إن كانت إلى مدة.

التصحيح ....

الحاشية على الصحيح، ويقوم ذلك الغير فيها مَقام المؤجر.

كلام شيخنا هنا يدل على صحة إجارة العين المشغولة وقت العقد، وإن كانت مدةُ الإجارة تلي العقد، وأنه لا يشترط أن تكون العينُ فارغةً في أول مدة الإجارة؛ لأنه صحح إجارة الأرض لغير صاحب القصب، مع أنها مشغولةٌ بالقصب. وقد يقال: كلام «المغني»[1] ظاهره يوافقُ ذلك، فإنه قال في أول الإجارةِ في إجارةِ المضاف: ولا فرق بين كونها مشغولةً أو غير مشغولة، وإنما اشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم، ولا شكَّ أن مالك الأرض إذا كان نفعها له، فإنه قادرٌ على تسليمها، ويقوم المستأجر مقام المؤجر، كما قاله أبوالعباس، وظاهر كلام أشياخ مذهب أحمد في إجارة المضاف: أنَّ الأرض إذا كانت مؤجرةً للغراس مدة، وأجرها لغير صاحب الغراس المدة التي تلي مدة صاحب الغراس، أنَّ الإجارة تصحُّ، مع أنها تكون غير فارغةٍ غالباً، والله أعلم. وقد تقدم كلامُ صاحب «الفائق» وابن القيم.

* **قوله: (وعند شيخنا: إلى مثل تلك الساعة).**

قال في «الاختيارات»: على هذه الروايةِ، أي: رواية أنه يعتبر الشهر الأول بالعدد، قال: فإنما يعتبر الشهر الأول بحسب تمامه ونقصانه، فإن كان تامّاً، كمل تامّاً، وإن كان ناقصاً، [2]كمل ناقصاً[2]، فإذا وقع أول المدة في عاشر الشهر مثلاً، أكمل ذلك الشهر في عاشر الشهر الثاني.

---

(١) ٨/ ٩.

(٢-٢) ليست في (د).

الفروع

وعينٌ معينةٌ، فهي كمبيع، وتنفسخ بتعطيل نفعها ابتداءً أو دواماً فيما بقي*، وقيل: وما مضى، ويقسط المسمى على قيمة المنفعة، فيلزمه بحصته. نقل الأثرم فيمن اكترى بعيراً بعينه، فمات أو انهدمت الدار: فهو عذر يعطيه بحساب ما ركب، وقيل: يلزمه بحصته من المسمى، وعنه: لا فسخ بموت مُرضع، اختاره أبوبكر. وقيل: لا فسخ بهدم دار، فيخير، وله الفسخُ بعيب، أو بانت معيبةً، وهو ما يظهر به تفاوتُ الأجرة، إن لم يَزُل بلا ضرر يلحقه، وقياس المذهب: أو الأرشُ. قال شيخنا: وإلا ورَدَ ضعفُه على أصل أحمد بيِّنٌ. قال في «الترغيب»: ولو احتاجت الدارُ تجديدا، فإن جدد، وإلا فسخ، وله إجباره على التجديد، وقيل: بلى، وإن شرط عليه مدة تعطيلها، أو أن

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (وتنفسخ بتعطل نفعها ابتداءً أو دواماً فيما بقي).

ظاهره: يدخل فيه الحمَّام إذا تعطل نفعه، وهو قريب من مسألة الأرض إذا انقطع ماؤها، فيجيء فيه الوجهان، هل تنفسخ أو يثبت للمكتري خيار الفسخ؟ والشيخ في «المغني»[1] جعل مسألة تعطُّل الحمَّام من العيب الحادث، وأنه يثبت به خيار الفسخ، ولم يذكر أنه ينفسخ من غير فسخ، وأنه إذا انقضت المدةُ ولم يفسخ فعليه الأجرةُ إلا أنه يحتمل أن يحمل ما ذكره في الحمَّام، على ما إذا كان العيبُ الحادثُ لا يمنع من الانتفاع بالكلية، مثل أن ينقطع الماءُ مدةً ويعرف أنه يعود في مدة الإجارة، أو ينهدم فيه مكان لا يمنع من النفع كله، وإنما يمنع بعض النفع، ويحمل ما ذكر في الأرض على ما إذا كان الانقطاع يمنع الانتفاع الذي وقع عليه العقد بالكلية، والله أعلم.

وأمّا إذا تعطل نفعُه المعقودُ عليه بالكلية، فهو كمسألة الأرض إذا تعطل نفعُها، وهو داخل في كلام المصنف، وتنفسخ بتعطل نفعها ابتداء، أو دواماً فيما بقي، ويحتمل أن يكون الشيخ مشى في مسألة الحمَّام على القول بعدم الفسخ، وأنه لا ينفسخ إلا بالفسخ، والله أعلم.

---

(١) ٨/ ٣٤.

الفروع يأخذ بقدرها بعد المدة*، أو شرط عليه النفقة، أو جعلها أجرة، لم يصحَّ، ومتى أنفق بإذن على الشرط أو بنى[١]، رجع بما قال مؤجرٌ، ذكره الشيخ. وفي «الترغيب» وغيره في الإذن: مستأجر كإذن حاكم في نفقته على جمالٍ هربَ مؤجرها؛ ولو غصبت، وإجارتها لعمل، فالفسخُ أو الصبرُ، ومدة، فالفسخ أو الإمضاء وأخذ أجرة مثلها من صاحبها إن ضمنت منافع غصب، وإلا انفسخ. وفي «الانتصار»: تنفسخ تلك المدة والأجرة للمؤجر؛ لاستيفاء المنفعة على ملكه، وأن مثله وطء مزوجة وحدوث خوفٍ عامٍّ، كغصب، لا[٢] خاصٌّ، ولو غصبها المكري، فلا شيء له مطلقاً. نص عليه، وقيل: كغصب غيره.

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (وإن شرط عليه مدة تعطيلها، أو أن يأخذ بقدرها بعد المدة) إلى آخره.

قال في «المغني»[٣]: وإن شرط على مكتري الحمَّام أو غيره، أن مدة تعطيله عليه، لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن يؤجره مدة لا يمكنه الانتفاع في بعضها، ولايجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاءُ مدة الإجارةِ مجهولاً، فإن أطلقَ وتعطل، فهو عيبٌ حادثٌ، والمكتري بالخيار بين الإمساك بكل الأجر وبين الفسخ، ويتخرج أن له أرش العيب قياساً على المبيع المعيب، وإن/ لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدةُ الإجارةِ، فعليه الأجرُ كلُّه؛ لأنه ١٦٤ استوفى المعقود عليه، فأشبه ما لو علم بالعيب بعد العقد فرضيه، ويتخرج أن له أرش العيب، كما لو اشترى معيباً، فلم يعلم عيبه حتى أكله، أو تلف في يده، وإن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري، كعمارة الحمَّام إذا شرطها على المكتري، فالشرط فاسد؛ لأن العين ملكُ المؤجر فنفقتها عليه، وإذا أنفق بناءً على هذا احتسب به على المكري؛ [٤]لأنه أنفقه على ملكه بشرط العوض، فإن اختلفا في قدر ما أنفق، فالقول قول المكري[٤]؛ لأنه منكرٌ، فإن لم يشرط

---

(١) في (ط): «بناء».
(٢) ليست في الأصل.
(٣) ٨/ ٣٤.
(٤-٤) ليست في (د).

الفروع

الثالث: عقدٌ على منفعة في الذمة في شيء معين، أو موصوف، كخياطة[١]، ويُشترط ضبطُه بما لا يختلفُ[٢]، ويلزمه الشروعُ عَقب العقد، وإن ترك ما يلزمه قال شيخنا: بلا عذر فتلف بسببه، ضمن، وله الاستنابة. فإن مرض أو هرب، اكترى من [٣]يعمل عمله[٣]. فإن شرط مباشرته، فلا، ولا[٤] استنابة إذَنْ.

نقل حرب فيمن دفع إلى خياط[٥] ثوباً ليخيطه فقطعه ودفعه إلى خياط[٥]

التصحيح

....

الحاشية

لكنه أذن له في الإنفاق ليحتسب له في الأجرة ففعل ثم اختلفا، فالقول قول المكري أيضاً؛ وإن أنفقَ من غير إذنه، لم يرجع بشيء؛ لأنه أنفق على ماله بغير إذنِهِ نفقةً غيرَ واجبةٍ على المالك، فأشبه ما لو عَمَّرَ له داراً أخرى. قال في «إعلام الموقعين» في أوائل المجلد الثاني[٦]: المثال التاسع: لا تصحُّ إجارةُ الأرض على أن يقوم المستأجرُ بالخراج مع الأجرة، أو يكون قيامُه به هو أجرتَها، ذكره القاضي؛ لأن الخراج مؤنةٌ تلزم المالكَ بسبب تَمكنه من الانتفاع، فلا يجوز نقله إلى المستأجر، والحيلة في جوازه أن يسمي مقدار الخراج ويضيفه إلى الأجرة.

قلت: ولا يمتنع أن يؤجره الأرضَ بما عليها من الخراج، إذا كان مقداراً[٧] معلوماً، لا جهالةَ فيه، فيقول: أجرتك بخراجها تقوم به عني، فلا محذور، ولا جهالةَ، ولا غررَ، وأي: فرق بين أن يقول: أجرتك كل سنة بمئة، أو بالمئة التي عليها كل سنة خراجاً، فإن قيل: الأجرةُ تدفع إلى المؤجر، والخراج إلى السلطان، قيل: بل يدفع الأجرة إلى المؤجر، أو إلى من أذن له بالدفع إليه، فيصير وكيلَه في الدفع.

---

(١) بعدها في الأصل: «مختلفة».

(٢) في (ط): «بناء».

(٣ ـ ٣) في (ب): «يعمله عليه».

(٤) في النسخ الخطية: «إلا»، والمثبت من (ط).

(٥) في (ط): «الخياط».

(٦) ٣/٢٦٨ .

(٧) في (د): «مقدرا».

الفروع

آخر، قال: لا، إن فعل، ضمن. قال في «المغني»[1]: فإن اختلف القصد فيه، كنسجٍ، لم يلزمه، ولا المكتري قبوله، وإن تعذر، فله الفسخُ.

وينفسخ العقد بتلف محلِّ عمل معين، ويشترط تقدير نفع بعمل أو مدة، فإن جمعهما[2] مثل: استأجرتك لخياطة هذا الثوب[3] اليوم، لم يصحَّ، وعنه: بلى، كجعالة، وفيها وجهٌ. قال في «التبصرة»: وإن اشترط تعجيل العمل في اقتضاء ممكن، فله شرطه، ولا فسخ بموت، وعنه: بلى، بموت مكتر لا قائم مقامه، كبرء ضرس اكترى لقلعه، اختاره الشيخ، ولا بعذر لمكتر، كمكر.

ويصح بيع عين مُؤجرة، في المنصوص، ولمشتر يجهله الفسخ، ذكره الشيخ. وفي «الرعاية»: أو الأرش. قال أحمد: هو عيب. وفي الانفساخ بشراء[4] مستأجر أو إرثه[5] روايتان[م١٥].

التصحيح

مسألة ـ ١٥: قوله في شراء العين المأجورة: (وفي الانفساخ بشراء مستأجر أو إرثه روايتان) انتهى. وهما وجهان عند كثير من الأصحاب، وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«المغني»[6]، و«الكافي»[7]، و«المقنع»[8]، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«الشرح»[8]، و«الفائق»، وغيرهم:

الحاشية

....

---

(١) ٨/ ٣٦.

(٢) في (ط): «جمعها».

(٣) ليست في الأصل.

(٤) في الأصل: «الشراء».

(٥) بعدها في (ب) و(ر) و(ط): «لها».

(٦) ٨/ ٤٩.

(٧) ٣/ ٤٠١.

(٨) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٤٦٤ ـ ٤٦٥.

الفروع

ولو آجرها لمؤجرها* فإن قلنا: لم تنفسخ، صحَّ، وإلاّ فلا.

التصحيح

أحدهما: لا تنفسخ، وهو الصحيحُ، صححه في «التصحيح». قال في القاعدة الخامسة والثلاثين: وهو الصحيح، اختاره القاضي، وابن عقيل، والأكثرون، وجزم به في «الوجيز» وغيره، (١وقدمه في «الرعاية الكبرى»، وغيره١).

والرواية الثانية: تنفسخ. قال في «الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»: انفسخت الإجارة، على الأصحِّ. قال في «الخلاصة»: انفسخت، في الأصحِّ.

الحاشية

* **قوله: (ولو أجرها لمؤجرها)** إلى آخره.

يعني: إذا أجر شخص لشخص عيناً، ثم استأجرها المؤجر الذي هومالكُ الرقبة من المستأجر، هل يصح؟ هذا مبنيٌّ على ما إذا اشترى المستأجر العينَ المؤجرةَ، هل تنفسخ الإجارةُ بالشراء؟ فيه روايتان؛ فإن قلنا: لا تنفسخ، صحَّ أن يستأجر مالكُ الرقبةِ العينَ التي أجرها؛ لأنا قد صححنا على هذه الرواية الجمع[٢] بين ملك الرقبة وملك المنفعة بعقد الإجارة الإجارة، ولهذا لم تنفسخ[٣] الإجارة بملك الرقبة، وإن لم نصحح الجمع بين ملك الرقبة والمنفعة بعقد الإجارة لم نصحح لمالك الرقبة أن يستأجر العين، ولهذا حكمنا بفسخ الإجارة، إذا اشترى المستأجرُ العينَ على هذه الرواية، وجزم في «المقنع»[٤] بجواز إجارة المستأجر للمؤجر مع أنه ذكر الخلافَ في الفسخ، فيما إذا اشترى المستأجرُ العينَ المؤجرةَ، فظاهره: صحةُ إجارةِ المؤجر من المستأجر، وإن قلنا: تنفسخ الإجارةُ إذا اشتراها المستأجرُ، وكذلك في «شرح المقنع»[٤] و«المغني»[٥] ذكرا صحةَ إجارتها للمؤجر، ولم يذكرا خلافاً في المذهب، وإنما ذكر الخلاف عن أبي حنيفة، مع أنهما ذكرا الخلاف فيما إذا اشتراها المستأجر، وليس مراد المصنف أنه أجرها، ثم باعها، ثم استأجرها؛ بل المرادُ أنَّ مالكَ الرقبة أجرها، ثم استأجرها من المستأجر الأول، كما تقدم.

(١ـ١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) ليست في (د).

(٣) في (د): «تفسخ».

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٤٦٤ ـ ٤٦٥.

(٥) ٨/ ٤٩.

الفروع

ولو آجر وليٌّ موليه أو ماله، وقيل: ولومدةً يعلم فيها بلوغه، أو سيدٌ عبداً، ثم بلغ وعتق، أو الموقوف عليه الوقف ثم مات، لم تنفسخ، وللبطن الثاني حصته*، كعزل الولي وناظر الوقف، وكملكه المطلق، ذكره الشيخ وغيره.

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (ولو أَجر وليٌّ مُوليه أو مالَه، وقيل: ولو مدة يعلم فيها بلوغَه، أو سيد عبداً، ثم بلغ وعتق، أو الموقوف عليه الوقفَ ثم مات، لم تنفسخ، وللبطن الثاني حصته) إلى آخره.

أمّا إذا أجر الوليُّ، أو السيدُ، ثم بلغ الصغيرُ، أو عتق العبدُ، ففيه خلاف تنفسخ الإجارة، وقيل: لاتنفسخ، وقيل: إن علم بلوغه في مدة الإجارة مثل إن آجره عامين، وهو ابن أربع عشرة، فتبطل في السادس عشرة؛ لأنّا تيقنا أنه آجره فيها بعد بلوغه، وهل يصح في الخامس عشر؟على وجهين، بناء على تفريق الصفقةِ، قالهُ في «المغني»[1]، ثم قال: وإن مات الوليُّ المؤجر للصبي، أو ماله، أو عُزل، وانتقلت الولايةُ إلى غيرِه، لم يبطلْ عقدُه؛ لأنه تصرف وهو من أهلِ التصرف، فلم يبطلْ تصرفُه بموتِه أو عزله، كما لو مات ناظرُ الوقف أو عزلَ، أو مات الحاكمُ بعد تصرفه فيما له النظرُ فيه، ويفارق ما لو آجر الموقوفُ عليه الوقف مدةً ثم مات في أثنائها؛ لأنه أجر ملكَ غيره بغير إذنه في مدة لا ولايةَ له فيها، وهاهنا إنما ثبتت للوالي الثاني الولايةُ في التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول، وهذا العقد قد تصرف فيه الأول، فلم يثبت للثاني ولاية على ما تناولَه تصرفُ الأول.

تنبيه: إذا آجر الوقف من له ولايةُ الإجارة، ثم مات في أثناء المدة، ففيها[2] صورٌ:

الأولى: أن يكون من استحق النظر لكونه حاكماً، أو كان له النظر بشرط الواقف فقط، فهذا لا تبطل الإجارة بموته، ذكره الشيخ وغيره.

الثانية: من استحق النظر لكونه موقوفاً عليه، ولم يشرط الواقف ناظراً؛ بناءً على أصلنا، أن الموقوف عليه يكون له النظرُ على المرجح، إذا لم يشرط الواقف ناظراً، فهذا فيه خلاف مشهورٌ، هل تبطل بموته أم لا؟ واختلف في الترجيح.

---

(١) ٨/٤٦.

(٢) في (ق): «فيها».

الفروع وقيل: تنفسخ(☆)، فيرجع في الأجرة[1] مستأجرٌ على مؤجر قابض أو

التصحيح (☆) تنبيه: قوله: (ولو آجر . . . الموقوف عليه الوقف ثم مات، لم تنفسخ . . . وقيل: تنفسخ) انتهى. قدم المصنف أن الإجارة لا تنفسخ إذا آجر الموقوف عليه، وصححه في «التصحيح»، و«النظم»، وجزم به في «الوجيز»، وقدمه في «الرعاية الكبرى» و«شرح ابن رزين». قال القاضي في «المجرد»: هذا قياس المذهب.

والوجه الثاني: تنفسخ، جزم به القاضي في «خلافه»، وأبوالحسين أيضاً، وحكاه عن أبي إسحاق بن شاقلا، واختاره ابن عقيل، وابن عبدوس في «تذكرته»، والشيخ تقي الدين، وغيرهم، قال الشيخ تقي الدين: هذا أصح الوجهين. قال القاضي: هذا ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية صالح، قال ابن رجب في «قواعده»: وهو المذهب الصحيح؛ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بمنافعها[2] تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى. انتهى. وقدمه في «الرعاية الصغرى» و «الحاوي الصغير»، وقال ابن رجب أيضاً في «قواعده»: واعلم أن في ثبوت الوجه الأول نظراً؛ لأن القاضي إنما فرضه فيما إذا آجر الموقوف عليه يكون النظر له مشروطاً، وهذا محل تردد، أعني: إذا آجر بمقتضى النظر

الحاشية الثالث: إذا كان مستحقّاً للوقف ولم يجعل للوقف ناظراً غيرَه، بل جعل الواقفُ النظرَ له، أو تكلم بكلام يدل على ذلك، فهذا له النظرُ بالاستحقاقِ وبالشرط، فهل يُجعلُ كمن شُرِطَ له النظرُ وليس مستحقّاً، فلا يبطل بموته، كما هو ظاهرُ كلامهم، وأفتى به بعضُ أصحابنا، أو يجعلُ كمن استحقَّ النظرَ بالاستحقاقِ فقط، كما هو مقتضى كلام ابن حمدان؟ قال أبوالعباس: وهو أشبه؛ فعلى هذا: يكون فيه الخلاف[3] فيمن استحقَّ النظرَ بالاستحقاق فقط.

فائدة: قال في «الاختيارات»: والذي يتوجه أنه لا يجوز للموقوف عليهم أن يتسلفوا الأجرة؛ لأنهم لم يملكوا المنفعةَ المستقبلةَ؛ وعلى هذا: فلهم أن يطلبوا الأجرة من المستأجر؛ لأنه فرَّط، ولهم أن يطالبوا[4] الناظر.

(١) في (ر): «الأخيرة».
(٢) في (ط): «بمكانها».
(٣) بعدها في (د): «الذي».
(٤) في (ق): «يطلبوا».

الفروع ورثته، وقيل فيها: تبطل، وقيل: يرجع العتيق على معتقه بحق ما بقي، كما يلزمه نفقته إن لم يشترطها على مستأجر، ويتوجه مثله فيما آجره ثم وقفه.

وتجوز إجارةُ الإقطاع* كموقوف، قاله شيخنا، قال: ولم يزل يؤجر من

التصحيح المشروط له، هل يلحق بالناظر[1] العام، فلا ينفسخ بموته أم لا؟ فإنَّ من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالناظر[1] العام. انتهى.

فقد ظهر لك أنَّ الصحيحَ من المذهب الوجهُ الثاني، وهو الانفساخ من جهة النقل والدليل، وكثرة الأصحاب وتحقيقهم، وأن الذي قدمه المصنف ليس هو المذهب، والله أعلم.

وأطلق الخلاف في المسألة، في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[2]، و«الكافي»[3]، و«المقنع»[4]، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«البلغة»، و«الشرح»[5]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الفائق»، والزركشيُّ، و«تجريد العناية»، وغيرهم.

الحاشية * قوله: (وتجوز إجارة الإقطاع) إلى آخره.

استنبط الشيخ زينُ الدين ابنُ رجبٍ من كلامِ القاضي منعَ الإجارة، ثم ذكر الجوازَ كما ذكره المصنف، ذكره في القاعدة السابعة والثمانين في ضمن إجارة العارية، قال: وأمّا إجارةُ أقطاعِ الاستغلال التي موردها منفعةُ الأرض دون رقبتِها، فلا نَقْلَ فيها نعلمه، وكلام القاضي قد يُشعر بالمنع؛ لأنه جعل مناطَ صحة الإجارة للمنافع لزوم العقد[6] وهذا منتف في الإقطاع. وقال الشيخ تقي الدين: يجوز، وجعل الخلاف فيه مبتدعاً، وقرره بأن الإمام جعله للجند عوضاً عن أعمالهم، فهو كالمملوك بعوض، ولأن إذنه في إيجاره عرفيٌّ، فجاز كما لو صرَّح به. انتهى.

---

(١) في (ط): «النظر».
(٢) ٨/ ٤٥ـ٤٦.
(٣) ٣/ ٤٠١.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٤٤ ـ ٣٤٦.
(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٤٦ ـ ٣٤٧.
(٦) في (ق): «العذر».

الفروع

زمن الصحابة إلى الآن، ولم أعلم عالماً منع.

فصل

ويعتبر كون المنفعة للمستأجر، فلو اكترى دابةً لركوب المؤجر، لم يصحَّ، قاله القاضي والأصحاب. وله الإعارة لقائم مَقامه. وفي ضمان مستعير وجهان(م١٦).

ويعتبر كونه كراكب في طول وقصر، وقيل: لا، كمعرفة بالركوب، في الأصحِّ. فإن شرط استيفاءها بنفسه، صحَّ العقدُ، في الأصحِّ، وقيل: والشرط، ومثله شرطُ زرع بر فقط، وله إجارتها، على الأصحِّ، وعنه: بإذنه ولو[١] بزيادة[٢].

وعنه: إن جدد عمارة ولو قبل قبضها، وفيه وجه، وقيل فيه: من مؤجر(☆).

التصحيح

مسألة ـ ١٦: قوله: (وله الإعارة لقائم مَقامه. وفي ضمان مستعير وجهان) انتهى:

أحدهما: لا يضمن، وهو الصحيح. قال في «التلخيص»: ولا ضمان [٣]على المستعير[٣] من المستأجر، على الأصحِّ، واقتصر عليه في «القواعد الفقهية»، وقدمه في «الرعاية الكبرى» في باب العارية. قلت: فيعايا بها[٤].

والوجه الثاني: يضمن، وهو ظاهر كلام كثيرمن الأصحاب.

(☆) **تنبيه**: قوله في إجارة المستأجر العين المأجورة: (وله إجارتها، على الأصحِّ. . ولو قبل قبضها، وفيه وجه، [٥]وقيل: فيه:[٥] من مؤجر). انتهى. فقدم المصنف أن

الحاشية

قلت: وأَخْذُ المنع مِن كلام القاضي المذكور بعيدٌ جدّاً؛ إذ لا مانع من لزوم العقد فيه، وأمّا كونه

---

(١) في الأصل: «له».

(٢) بعدها في الأصل: «وعنه بإذنه».

(٣ ـ ٣) في (ط): «المستعير».

(٤) في (ط): «فيها يا بها».

(٥ ـ ٥) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع وإذا اكترى أرضاً لزرع ما شاء أو[1] غرسه، أو وغرسه، صحَّ، في الأصحِّ فيهما، كزرع ما شئت، وإن/ قال: لزرعٍ، فوجهان، وكذا الغراس(م١٧).

٥٣/٢

وإن أطلق، وتصلح لزرع وغيره، صحَّ، في الأصحِّ، وقال شيخنا: إن أطلق، أو[1] إن قال: انتفِع بها بما شئت، فله زرعٌ، وغرسٌ، وبناءٌ. وإذا

التصحيح للمستأجر إجارة المأجور قبل قبضه مطلقاً، وذكر وجهاً بعدم الجواز مطلقاً، وهذا الوجه جزم به في «الوجيز»، وصححه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهما.

وقيل: بالجواز للمؤجر دون غيره، وهذا القول قدمه في «الرعايتين» و«الحاوي الصغير» و«شرح ابن رزين»، واختاره القاضي، ذكره في «الفصول»، وأطلقهن في «المغني»[2] و «الشرح»[3]، وقالا: أصل الوجهين: بيع الطعام قبل قبضه، هل يصح من بائعه أم لا؟ والصحيح من المذهب عدم الجواز، وعليه الأصحاب؛ فعلى هذا: يكون المذهب عدم الجواز عند الشيخ والشارح، كماجزم به في «الوجيز»، وصححه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم، وظاهرُ كلام المصنف: عدمُ البناء، وهو ظاهر كلام الأكثر، والله أعلم. وهو الصواب: إلاّ أن يتوقف المأجور على تميز، فالصواب عدم الجواز، كما قاله الشيخ وغيره.

مسألة ـ ١٧: قوله: (وإن اكترى أرضاً لزرع ما شاء أوغرسه، أو وغرسه، صحَّ، في الأصحِّ فيهما، كزرع ما شئت، وإن قال: لزرع، فوجهان، وكذا الغراس) انتهى.

فيه مسألتان الخلاف فيهما مطلق: مسألة الزرع، ومسألة الغرس، والحكم واحد:

الحاشية ينفسخ العقدُ فيه إذا نقل إلى غيره في وجهٍ، فلايمنع من لزومه قبل الفسخ وصحة إيجاره، كما هو معروفٌ في الوقف ونحوه.

---

(١) في الأصل: «و».

(٢) ٨/ ٥٥.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٤٠.

الفروع

اكترى لزرع بُرٍّ، فله زرعُ ما[1] دونه ضرراً من جنسه، كشعير وباقلاً، لا فوقه، كقطن ودُخْن، فإن فعل، فنصه لزوم المسمَّى، مع تفاوتهما[2] في أجر المثل، وأوجب أبوبكر والشيخ أجر المثل خاصَّةً، ومثله سلوكُ طريق أشقَّ*، ويجوز مثلها، ومنعه الشيخ. ولو جاوز المكان أو زاد على المحمول، فالمسمَّى مع أجر المثل للزائد. وذكر القاضي فيهما[3] قول أبي بكر. وتلزمه قيمةُ الدابة إن تلفت، وقيل: نصفُها، كسوط في حدٍّ، فإن لم يكن له عليها شيءٌ، وهو بيد ربِّها، بلا سبب منه، لم يضمن.

التصحيح

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في «المغني»[4]، و«الشرح»[5]، ونصراه، وجزم به ابن رزين في «شرحه» أيضاً، واختاره القاضي وابن عقيل. قال في «الرعاية الكبرى»: وإن اكترى لزرع وأطلق، زرع ما شاء. انتهى.

الحاشية

* **قوله (ومثله سلوكُ طريق أشق[6])**

أمّا مسألةُ سلوك الأشقِّ، فقد ذكرها الشيخ في «المغني»[7]، وخرجها على مسألة الزرع، وأمّا إذا سلك مثلها، فلم أرها في«المغني»، وقال في «الكافي»[8]: فإن اكترى ظهراً في طريق، فله ركوبُه إلى ذلك/ البلد، في مثله ودونه في الخشونة، والمسافة والمخافة، ولا يركبه في أخشن منه، ولا أبعد ولا أخوف، فقد أجاز سلوك مثله، فعلى هذا: يشكل قول المصنف، ومنعه الشيخ. ١٦٥

فائدة: لو اكترى أرضاً للزرع مدة لا يتمُّ فيها، فإن شرط قلعه بعدها، صحَّ، وإن شرطَ بقاءه ليتم أو سكت، فسد، وقيل: تصح إن سكت، ذكر ذلك المصنف في باب العارية[9].

---

(١) ليست في الأصل.
(٢) في الأصل: «تفاوتها».
(٣) في النسخ الخطية: «فيها»، والمثبت من (ط).
(٤) ٨/ ٥٩.
(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٤٠٠.
(٦) في (ق): «أشق».
(٧) ٨/ ٨٢.
(٨) ٣/ ٤٠٧.
(٩) ص ٢٠٢.

الفروع

ومن اكترى زورقاً فزواه مع زورق له فغرقا، ضمن؛ لأنها مخاطرةٌ؛ لاحتياجها إلى المساواة، ككفة الميزان، كما لو اكترى ثوراً لاستقاء ماء فجعله فداناً لاستقاء الماء، فتلف[١]، ضمن، وإن آجر أرضاً بلا ماء، صحَّ، فإن أطلقَ، فاختار الشيخ الصحةَ مع علمه بحالها، وقيل: لا، كظنه إمكان تحصيله[م١٨].

وإن ظن وجوده بالأمطار وزيادة الأنهار، صحَّ، جزم به في «المغني»[٢] وغيره، كالعلم. وفي «الترغيب» وجهان. ومتى زرع فغرق أوتلف، أو لم ينبت، فلا خيار، وتلزمه الأجرةُ. نص عليه، وإن تعذر زرعها لغرقها، فله الخيار، وكذا لقلة ماء قبل زرعها أو بعده، أو عابت بغرق[٣] يعيب به بعض الزرع، واختار شيخنا: أو برد، أو فأر، أو عذر.

قال: فإن أمضى، فله الأرش، كعيب الأعيان، وإن فسخ، فعليه القسطُ قبل القبض، ثم أجرة المثل إلى كماله. قال: وما لم يُرْوَ من الأرض، فلا أجرةَ له، اتفاقاً، وإن قال في الإجارة[٤]: مقيلاً أو مَراحاً[٥] أو أطلق؛ لأنه

التصحيح

والوجه الثاني: لا يصحُّ. قلت: وهو قوي، وقدمه في «التلخيص».

مسألة ـ ١٨: قوله: (وإن آجرأرضاً بلا ماء، صح فإن أطلق، فاختار الشيخ الصحةَ مع علمه بحالها، وقيل: لا، كظنه إمكان تحصيله) انتهى. الصحيح ما اختاره الشيخ، وقدمه في «الشرح»[٦]، وهو الصواب.

الحاشية

....

---

(١) في (ط): «فتلفت».

(٢) ٨/ ٦٢.

(٣) في (ط): «بعزق».

(٤) في (ط): «الأجرة».

(٥) في الأصل: «مراعاً».

(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٤٠٣ ـ ٤٠٤.

الفروع

لا يَرِدُ عليه عقدٌ، كأرض البرية. ومن اكترى لنسخ أو خياطة أو كحل ونحوه، لزمه حبرٌ وخيوطٌ وكحلٌ، كأرض لزرع، وقيل: يلزم المستأجر، وقيل: يتبع به[1] العرف، والمشيُ المعتادُ قُرب المنزل لا يلزم[2] راكباً ضعيفاً أو امرأةً، وفي غيرهما وجهان(م١٩).

ويَلزم ربَّ الدابة، ما يتوقف النفعُ عليه، كتوطئة مركوب عادةً، وزمامه، ورحله، وشدِّ محمل، ورفع، وحطٍّ، وقائد، وسائق، لا محمل ومظلة ووطاء فوق الرَّحْل، وحبل قران بين المحملين.

قال في «الترغيب»: وعدل لقماش على مُكر إن كانت في الذمة. وفي «المغني»[3]: إن كانت على تسليم الراكب البهيمة ليركبها لنفسه، فالكلُّ عليه، وإن الدليل لا يلزم مُكر، وقيل: بلى، في الذمة، وجزم به في

التصحيح

والوجه الثاني: لا يصحُّ، جزم به ابن رزين في «شرحه».

مسألة ـ ١٩: قوله: (والمشيُ المعتادُ قُرب المنزل لا يلزم راكباً ضعيفاً أو امرأةً، وفي غيرهما وجهان) انتهى. وأطلقما في «المغني»[3] و «الشرح»[4]:

أحدهما: لا يلزمه، وهوظاهر كلام كثير من الأصحاب، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

والوجه الثاني: يلزمه. قال في «الرعاية/ الكبرى»: وإن جرت العادةُ بالنزول فيه، لزم الراكب القوي في[5] الأقيس. ١٤٨

قلت: وهو قويٌّ جدّاً، لغير ذوي الهيئات، كالفلاحين، والعرب، والتركمان، ونحوهم.

الحاشية

....

---

(١) ليست في الأصل و(ط).

(٢) في الأصل: «يلزمه».

(٣) ٨/ ٩٣ـ ٩٤.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٤٢٤.

(٥) ليست في (ط).

الفروع «عيون المسائل»؛ لأنَّه التزمَ أن يوصلَه، ويلزمه حبسُها له؛ لنزوله لحاجة، وقال غيرُ واحد: وسُنَّة رَاتبة، وتبريك بعير لشيخٍ وامرأةٍ، وفيه لمرض طارئٍ وجهان[م٢٠].

ويلزم المكتري تَفريغ الدار من فعله، كبالوعة وقمامة. ويلزم المكري تسليمُها منظفةً، وتسليمُ المفتاح، وهو أمانةٌ مع مُكتر.

فصل

من استؤجر مدةً فأجيرٌ خاصٌ، لا تُضمن جنايتُه في المنصوص، إلا أن يتعمد. قال جماعة: أو يُفرِّط ولا يستنيب، وله فِعْلُ الصلاة في وقتها بسننها[١] والعيد. وإن عمل لغيره فأضر مستأجره، فله قيمة ما فوَّته عليه، وقيل: يرجع بقيمة ماعمله لغيره، وقال القاضي: بالأجر الذي أخذه من غير مستأجره، ومن قدر نفعه بعمل، فأجيرٌ مشتركٌ يضمن ما تلف بفعله، كزلق حمال، أو سقط من دابته، وطباخ وخباز وحائك في المنصوص، واختار جماعة: إن عمله في بيت ربه أو يده عليه، فلا، وما تلف بغير فعله ولا تعدِّيه، لا يضمنه، في ظاهر المذهب، ولا أجرة له، وقال في «المحرر»:

التصحيح **مسألة ـ ٢٠**: قوله: (ويلزمه حبسها لنزوله لحاجة، وقال غير واحد: وسنة راتبة، وتبريك بعيرلشيخ وامرأة، وفيه لمرض طارئ وجهان). انتهى:

أحدهما: يلزمه، وهو الصحيح، جزم به في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]، و«شرح ابن رزين»، و«الرعاية الكبرى»، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يلزمه، وهو ظاهر كلام جماعة.

الحاشية ....

---

(١) في (ر): «بسنتها».

(٢) ٨/ ٩٣ ـ ٩٤ .

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٤٢٤ .

الفروع

إلا ماعمله في بيت ربه، وعنه: له أجرةُ بناء، وعنه: ومنقول عمله في بيت ربه. وفي «الفنون»: له الأجرةُ مطلقاً؛ لأن وضعه النفع فيما عينه له، كالتسليم إليه، كدفعه إلى البائع غرارة[١]، وقال: ضع الطعام فيها، فكاله فيها، كان ذلك قبضاً؛ لأنها كَيده، ولهذا لو ادعيا طعاماً في غرارة أحدهما، كان له، وإن استأجر مشترك خاصّاً فلكلٍّ حكمُ نفسه. وإن استعان ولم يعمل، فله الأجرةُ[٢] لأجل ضمانه، لا لتسليم العمل. وإن أتلفه أو حبسه، فلربه قيمته غير معمول ولا أجرة، وقيمته معمولاً ويلزمه أجرتُه، وتقدم قوله في صفة عمله، ذكره ابن رزين، ومثله تلف أجير مشترك، ذكره القاضي وغيره، وقال أبوالخطاب: تلزمه قيمته موضع تلفه، وله أجرته إليه[٣]، وكذا عمله غير صفة شرطه، وذكر الشيخ له المسمى إن زاد الطولُ وحده، ولم يضر الأصل، وإلا فوجهان. وإن نقصهما أو أحدهما فقيل: بحصته منه، وقيل: لا أجرة له[٤]، ويضمن كنقص الأصل، وقيل: إن كان صبغه[٥] منه، فله حبسه، وإن كان من ربه أو قصره، فوجهان. وفي «المنثور»: إن خاطه أو قصره، وعزله[٦]، فتلف بسرقة أو نار، فمن مالكه ولا أجرة؛ لأن الصنعةَ غيرُ متميزة، كقفيز من صُبْرة.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) الغِرارَةُ، بالكسر: شبه العدل، والجمع غرائر، «المصباح»: (غرر).

(٢) في (ط): «الأجر».

(٣) ليست في الأصل.

(٤) ليست في (ر).

(٥) في الأصل: «صنعه».

(٦) في (ط): «غزله».

الفروع فإن أفلس مستأجرٌ، ثم جاء بائعه يطلبه، فللصانع[١] حبسه. وإن أخطأ قَصَّار ودفعه إلى غير ربه، ضمنه، فإن قطعه قابضه بلا علم، غَرم أرش قطعه، كدراهم أنفقها، وعنه: لا، وله مطالبةُ القصّار بثوبه، فإن تلف، ضمنه، وعنه: لا، كعجزه[٢] عن دفعه.

ولا ضمان على حجَّام، ولا ختَّان، ولا طبيب، لا بَيْطار، عرف حذقهم ولم تجن أيديهم، خاصّاً كان أو مشتركاً؛ لأن ما أذن فيه لا تضمن سرايتُه، كحدٍّ وقَوَد؛ لأنه لا يمكن أن يقال: اقطع قطعاً[٣] لا يسري، ويمكن [٤]أن يقال: دُقَّ[٤] دقّاً لا يخرقه، ولأن الفصد ونحوه فسادٌ في نفسه؛ لأنه جُرح، فقد فعل ما أمره به، ثم ما يطرأ من فساد عاقبته وصلاحها لا يكون مضافاً إليه، بل إلى الآمر، والآمرُ أذنَ في قصارة سليمة، فأتاه بمخرقة لم يتناولها العقدُ. واختار في «الفنون»: أن هذا المشترك؛ لأنه الغالبُ في[٥] هؤلاء، وأنه لو استؤجرلحلق رؤوس يوماً، فجنى عليها بجراحه، لا يضمن، كجنايته في قصارة وخياطة، ونجارة. واختار صاحب «الرعاية»: إن كان أحد هؤلاء[٦] خاصّاً أو مشتركاً، فله حكمه. ويعتبر لعدم الضمان في ذلك وفي

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) في الأصل: «فلبائعه».
(٢) في (ط): «لعجزه».
(٣) ليست في (ر).
(٤ ـ ٤) في الأصل: «دقه».
(٥) في النسخ الخطية: «من».
(٦) في الأصل: «أحدها ولاء».

الفروع

قطع سلعة[١] ونحو ذلك إذنُ مكلَّف أو وليٍّ، وإلاّ ضمن؛ لعدم الإذن. واختار في كتاب «الهدي»: لا يضمن؛ لأنه محسن، وقال: هذا موضع نظر.

ولا راع لم يتعدَّ بنوم وغيبتها عنه وغيره، وإن عقد في الرعي على معينة تعينت، في الأصحِّ، فلا يبدلها، ويبطل العقد فيما تلف.

وإن عقد على موصوف، ذكَر نوعه وكبره وصغره. وعند القاضي: لا عدده، ويحمل على العادة. ولا يلزمه[٢] رعي سخالها. وإن ضرب سلطان رعيته قَدْر العادة، أو معلم صبيّاً، أو والدٌ ولدَه، أو زوج امرأتَه، أو مُكتر دابةً، لم يضمن، في المنصوص، نقله أبوطالب وبكر في الزوج، وسقوطه بإذن سيده يحتمل وجهين(م٢١)، لا أبيه[٣].

التصحيح

مسألة ـ ٢١: قوله: (وإن ضرب سلطانٌ رعيته قدر العادة، أو معلمٌ صبيّاً، أو والدٌ ولدَه، أو زوجٌ امرأتَه، أو مكترٍ دابةً، لم يضمن، في المنصوص. . . وسقوطُه بإذنِ سيده[٤] يحتمل وجهين) انتهى. وكذا قال في «الرعاية الكبرى»:

إحداهما[٥]: لا يسقط. قلت: وهو الصوابُ؛ لأن فيه حقّاً لله تعالى، لا يباح له فعله بإذن سيده، فهو ممنوعٌ منه متعدٍّ[٦] شرعاً، وإن كان لسيده حق منعه في المالية، والله أعلم.

والوجه الثاني: يسقط، وهو قوي؛ لإذن السيد، لكنه مأثوم[٧] قطعاً، مع عدم الجهل، والله أعلم.

الحاشية

....

---

(١) السِّلعة: خُراجٌ كهيئة الغُدَّة، تتحرك بالتحريك. قال الأطباء: هي ورم غليظ غير ملتزق باللحم، يتحرك عند تحريكه، وله غلاف، وتقبل التزيد لأنها خارجة عن اللحم، ولهذا قال الفقهاء: يجوز قطعها عند الأمن. «المصباح»: (سلع).

(٢) في الأصل: «يلزم».

(٣) في الأصل: «لأبيه»، وفي (ر): «ابنه».

(٤) في النسخ الخطية: «عبده»، والمثبت من (ط).

(٥) في (ط): «والوجه الثاني».

(٦) ليست في (ط).

(٧) في (ط): «مأثور».

الفروع وقيل: إن أدَّب ولده، فقلع عينه، ففيها وجهان، وإن ادعى إباقَ العبد أو مرضَه/ أو شُرود الدابة أو موتَها بعد فراغ المدة أو فيها أو تلف المحمول، قُبل قولُه، وعنه: قولُ ربه، وقطع به في «المغني»[1] في صورة المرض إن جاء به صحيحاً*، وخرَّجَ في «الترغيب»: في دعواه التلف في المدة روايتين، من دعوى راع تلفَ شاة، واختار في «المبهج»: لا تقبل دعوى هربه أولَ المدة. وفي «الترغيب»: يقبل، وأن فيه بعدها روايتين، وله في تلف[2] المحمول أجرةُ ما حمله، ذكره في «التبصرة»، واختلافهما في قدر الأجرة كالبيع، [3]نص عليه[3]، وكذا المدة وعلى التخالف[4] إن كان بعد المدة، فأجرة المثل؛ لتعذر رَدِّ المنفعة، وفي أثنائها[5] بالقسط.

٢/٥٤

وإن ادعى على صانع أنه فعل خلاف ما أمره به، فاختار الشيخ قبولَ قولِهِ ولا أجرة، ونص أحمد: قول صانعه؛ لئلا يغرم نقصه مجّاناً بمجرد قول ربه، بخلاف وكيل(م٢٢). وله أجرةُ مثله، وعنه: يعمل بظاهر الحال، وقيل:

التصحيح **مسألة ـ ٢٢**: قوله: (وإن ادَّعى على صانعٍ أنه فعل خلافَ ما أمره به، فاختار الشيخُ قبولَ قولِه ولا أجرةَ، ونص أحمد: قول صانعِه؛ لئلا يغرم نقصه مجّاناً بمجرد قول ربِّه، بخلافِ وكيلٍ) انتهى. الصحيحُ من المذهب هو المنصوص عن الإمام أحمد، وعليه أكثر الأصحابِ. قال في «التلخيص»: القولُ قول الأجير، في أصحِّ الروايتين. قال الشيخ في

الحاشية * **قوله: (وقطع به في «المغني» في صورة المرض، إن جاء به صحيحاً)**

أي: إن جاء بالعبد إلى سيده وهو صحيحٌ وادعى أنه كان عنده مريضاً.

---

(١) ٨/١٤٣.

(٢) ليست في (ر).

(٣ ـ ٣) ليست في (ر).

(٤) في النسخ الخطية: «التحالف»، والمثبت من (ط).

(٥) في (ر): «إثباتها».

الفروع

بالتخالف[١]. وفي «المحرر»: إن ادعى على خياط أنه فَصَّل[٢] خلاف ما أمره، قُبل قولُه، وإن اختلفا في صفة الانتفاع[٣]، فللمؤجر الاعتراض، ذكره أبوالفرج. وإذا انقضت، رفع يده* ولم يلزمه الردُّ، ومؤنتُه في الأصح كمودع. وفي «التعليق» وأومأ إليه: بلى، بالطلب كعارية، لا مؤنة العين، فعلى الأصح: لا يضمن[٣] تالفاً أمكنه رده. وفي «الرعاية»: يلزمه رده مع القدرة بطلبه، وقيل: مطلقاً، ويضمنه مع إمكانه. قال: ومؤنته على ربه، وقيل: عليه. قال في «التبصرة»: يلزمه ردُّه بالشرط، وأنَّه يلزم المستعير مؤنةُ البهيمة عادةً مدةَ كونها بيده.

التصحيح

«المقنع»[٤]: فالقولُ قولُ الخيَّاطِ، نص عليه، فقطع به، وكذا قطع به في «الهداية»، و«المذهب»، و«الخلاصة»، و«المحرر»، و«الوجيز»، وغيرِهم، وقدمه في «المستوعب»، و«المغني»[٥]، و«الشرح»[٤]، و«الفائق»، و«شرح ابن رزين»، وغيرِهم. وما اختاره الشيخ رواية عن أحمد.

فهذه اثنتان وعشرون مسألة في هذا الباب.

الحاشية

*** قوله: (وإذا انقضت، رفع يدَه)**

أي: انقضت مدَّةُ الإجارةِ.

---

(١) في النسخ الخطية: «بالتحالف»، والمثبت من (ط).

(٢) في الأصل: «فعل».

(٣) ليست في الأصل.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/٤٩٦.

(٥) ٨/١٠٩.

الفروع

باب الجعالة

وهي أن يجعل معلوماً كأجرة، كـ: من ردَّ عبدي، أو بنى لي هذا، فله كذا، أو مئة؛ لأنه في معنى المعاوضة، لا تعليقاً محضاً، أو فأنت بريءٌ من المئة؛ لأن تعليق الإسقاط أقوى، واختار الشيخ: أو مجهولاً* لا يمنع التسليم، كربع الضالة لمن يعمل له*. وفي «التلخيص»: أو الأجنبي*. قال: أو يخبره أن ربه جعله، ويصدقه ربه، وإلاّ لم يستحقَّ.

التصحيح ....

الحاشية

*** قوله: (واختار الشيخ: أو مجهولاً)**

الذي نقله عن اختيار الشيخ إنما ذكره في «المغني»[1] احتمالاً وتخريجاً، ولم يصرح باختياره، وجزم في «الكافي»[2]، و«المقنع»[3] بالمشهور، و[4] المقدم في «المغني»، وذكر في «الفائق» عن الشيخ: أنه خرجه كما هو في «المغني»، ولم يذكر أنه اختياره، فظهر أنه ليس اختيارَ الشيخ إلاّ أن يكون المصنفُ قد اطَّلَعَ على كلام الشيخ في غير[4] باب الجعالة، وفيه دلالة على اختياره فنقله منه، والله أعلم بالصواب، والشيخ خرجه من نص أحمد في الجهاد، فيما إذا جعل الإمام جُعلاً لأحدٍ فيما يتعلق بالجهاد، فينظر كلامه.

*** قوله: (لمن يعمل له)**

متعلق بقوله: (أن يجعل) في أول الباب.

*** قوله: (أو لأجنبيٍّ)**

لَمَّا قال: (لمن يعمل له) فُهم منه أنه لا بد أن يكون العمل له؛ لقوله: (من يعمل له)، ثم ذكر عن«التلخيص» أنه قال: أو[5] لأجنبي، أي: العمل لأجنبي مثل أن يقول: من عمَّرَ حائطَ زيد فله

---

(١) ٨/٣٢٣.
(٢) ٣/٤٢٠.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/١٦٨.
(٤) ليست في: (د).
(٥) في (د): «و».

الفروع

وقيل: ولو للعامل، حتى مع جهالة عمل*، ومدة، كرد عبد ولو إلى وارثه*، ولقطة، وبناءحائط، وإصابته بهذا السهم، أو إن كان صوابه أكثر، لا، وإن أخطأ، لزمه كذا*. وفي «شرح الحارثي»: إن كان للعامل، استحق الجعل للوعد. ويتوجه أنه سهو* على المذهب. وفي «عيون المسائل»: في

التصحيح

....

الحاشية

كذا، وقوله: (وقيل: ولو: للعامل) هذا حكاية، قيل: بأنه يجوز أن يكون العمل للعامل مثل أن يقول: يا فلان إن عمَّرت حائطك، فلك كذا، والله أعلم. والذي حكاه المصنف عن «التلخيص» جزم به في «الفائق» من غير ذكر «التلخيص»، وجزم به[1] الحارثي، وعزاه إلى «التلخيص».

* **قوله: (حتى مع جهالة عمل)**

تقديره: وهي أن يجعل معلوماً لمن يعمل له، حتى مع جهالةِ عملٍ؛ لأنَّ الجعالةَ يشترط فيها أن يكون الجُعل معلوماً، ولا يشترط أن يكون العملُ والمدةُ معلومين.

* **قوله: (ولو إلى وارثه)**

يعني: رد العبد إلى وارثِ الجاعلِ بعد موت الجاعلِ تصحُّ الجعالةُ عليه.

* **قوله: (لا، وإن أخطأ، لزمه كذا)**

قد يفهم من قوله: (وإصابته بهذا السهم)، وقوله: (إن كان صوابه أكثر) أنه تصح الجعالة على ذلك، فإذا قال لمن يرمي: إن أصبت بهذا السهم، فلك كذا صح، وكذلك لو قال: إن كان صوابه أكثر من خطئه، فلك كذا، صحَّ، فلو قال: إن أصاب بهذا السهم فله كذا، وإن أخطأ، لزمه كذا، لم يصحَّ، وكذلك لو قال: إن كان صوابُه أكثر، فله كذا، وإن كان خطؤه أكثر، لزمه كذا، أنه لا يصحُّ، ظاهر كلامه يدل على ذلك، وهو واضحٌ، والذي يظهر أن الذي لا يصح قولُه: (وإن أخطأ، لزمه كذا، دون قولِهِ: إن أصاب بهذا السهم، فله كذا، [2]أو يقال[2]: يتخرج على العقد إذا اقترن به شرطٌ فاسدٌ هل يفسد؟على الخلاف المعروف.

* **قوله: (وفي «شرح الحارثي»: إن كان للعامل، استحق الجعل للوعد، ويتوجه أنه سهوٌ)**

لفظ الحارثي: والنفع الواقع للعامل لا تنعقد الجعالة عليه؛ لاجتماع الأمرين له؛ ولهذا امتنع عقدُ

---

(١) بعدها في (د): «في».

(٢-٢) في (ق): «ويقال أنه».

الفروع أنه يعتبر في الكفارة وقت الوجوب*؛ لوجوب العتق أولاً، للترتيب، وما ثبت في الذمة لا يجوز إسقاطه إلاّ بدليل، ألا ترى أنه لو قال: إذا دخل زيد الدار، فأعطه درهماً*، فإذا دخل الدار ثبت له الدرهم في ذمته، فلا يسقط، وقوله: من وجد لقطتي كمن ردها*، فمن فعله بعد علمه بقوله،

التصحيح ....

الحاشية الإجارةعليه، فإذا قال: من ركب دابته أو خاط قميصه، فله كذا، لم تنعقد جعالةٌ، ووجوب المسمّى ها هنا للوفاء بالوعد، لا لكونه جعالةً، ففهم منه: أنه جَعَلَ استحقاقَ المالِ للوعد (١لا أنه١) من باب الجعالة، فلهذا وجه المصنف أنه سهوٌ؛ لأنَّ المعروفَ في المذهب عدمُ الوجوب في الوعد، ثم ذكر كلامَ «عيون المسائل».

* **قوله: (أنه يعتبر في الكفارة وقت الوجوب)**

يعني: ذكر ذلك في ضمن مسألة الكفارة المذكورة في باب الظهار، وهو أن العبرة في الكفارة، هل هو بحال الوجوب، أو بأغلظ الأحوال؟ فإذا وجبت الكفارة وهو مُوسرٌ، ثم أعسر، لم يجزِئهُ غيرُ العتق؛ لأنه حال الوجوب كان موسراً، فوجب عليه العتق؛ لأنَّ كفارةَ الظهارِ على الترتيبِ، وهذا معنى قوله: (لأن العتقَ وجب أولاً للترتيب) أي: الكفارةُ إذا كانت على الترتيب، ككفارة الظهار؛ فإن أول الخصالِ الواجبةِ العتقُ، وإنما نحكم بغيره عند العجز عنه، والله أعلم.

* **قوله: من (دخل الدار فأعطه درهماً)،**

أنه إذا دخلَ ثبت الدرهمُ في الذمة، فيحتمل أن يكون من باب الجعالةِ، فيكون الجعل على مثل ذلك صحيحاً، وليس فيه عملٌ للجاعلِ ولا للعامل ولا لأجنبي، بل ظاهره أنه يصحُّ ذلك على نفس الفعل المباح، كما مثَّلَه في دخول الدار، ويحتمل أن يكون من قَبيل الوعد، كما قاله الحارثي.

* **قوله: (من وجد لُقَطَتِي، كمن ردها).**

يعني: إذا قال: من وجد لقطتي فله درهمٌ، لا يستحق الدرهم إذا وجد اللقطة، ولم يردها؛ لأن

(١-١) في (ق): «لأنه».

الفروع

استحقه، كدين، وإلا حَرُم*.

نقل حرب في اللقطة: إن وجد بعد ما سمع النداء، فلا بأس أن يأخذ منه، وإلا ردها، ولا جُعل له، وفي أثنائه يستحق حصة تمامه، والجماعة تقتسمه. وفي «التبصرة»: إن عين عوضاً، ملكه بنفسِ العملِ، فلو تلف، فله أجرةُ مثله.

وإن رده من نصف المسافة المعينة، أو قال: من رد عَبْدَيَّ، فرد أحدهما، فنصفه، وإن رده من أبعد، فالمسمى، ذكره في «التلخيص».

ويقبل قول جاعله في قدره[1] والمسافة، كأصله، وقيل: بالتحالف، ومع جهالته له أجرة مثله.

التصحيح

....

الحاشية

العرفَ يدلُّ على أن المرادَ من وجدها فردَّها، فلا يستحق إلا بالرد.

* **قوله: (فمن فعله بعد علمه بقوله، استحقَّه، كدين، وإلاحرم).**

ذكر الشيخ زين الدين ابن رجب في «الطبقات»[2] ما يوافق ما ذكره المصنف من تحريم أخذ الجعل إذا فُعل قبل علمه بالجعل، حيث قال: (وإلا حرم) أي: إذا فُعل قبل العلم بالجعل حرم أخذ الجعل، واستشهد كذلك بما نقله عن الإمام أحمد في الوديعة: أن المودعَ لا يقبل الهدية إلا أن ينوي المكافأة؛ ذكر ذلك في ترجمة محمد بن عبد الباقي، ذكره في سنة خمس وثلاثين وخمس مئة قريباً من ثلث الكتاب الأول، فإنه ذكره حكايةً وقعت له[3] في مكة شرفها الله تعالى وعظمها فإنه التقط عقداً قبل بلوغ الجعل، فأراد صاحبُه أن يعطيَهُ شيئاً على رده، فامتنع من أخذه، ثم قال في آخره: وقد تضمنت هذه القصة أنه لا يجوز قَبولُ الهديةِ على رد الأمانات؛ لأنه يجب ردُّها بغير عوضٍ، وهذا إذا كان لم يلتقطها بنيةِ أخذِ الجعل المشروطِ، وقد نص الإمام أحمدُ على مثل ذلك في الوديعة: أنه لا يجوز لمن ردها إلى صاحبها قَبولُ هديته إلا بنية المكافأة.

---

(١) في (ط): «رده».

(٢) ١/ ١٩٦ ـ ١٩٨.

(٣) ليست في (د).

الفروع

وقيل في آبق: المقدرُ شرعاً، ولا يستحق شيئاً بلا شرط، اختاره القاضي، ونصه فيمن خلص متاعاً: يستحقُّ أجرَ مثله، بخلاف اللقطة. ويستحقُّ بردِّ آبقٍ مطلقاً لئلا يلحق بدار الحرب أو يشتغل بالفساد ديناراً أو اثني عشر درهماً، وعنه: أربعين درهماً من خارج المصر، وعنه: ومنه[١] عشرة، استقرت عليه الرواية. قاله الخلال، وجزم به في «عيون المسائل»، وأن الرواية الصحيحة من خارج المصر ديناراً، أو[٢] عشرة.

ونقل حرب: لا يستحقه إمامٌ؛ لأنه ينبغي له ردُّه على ربه، وعنه: ولا غيرُه، اختاره الشيخ، ويرجع بنفقته ولو لم يستحقَّ جُعلاً، كرده من غير بلد سماه أو هربه منه. نص عليه، وقيل: بنية رجوعه. وفي جواز استخدامه بها روايتان في «الموجز» و«التبصرة»[م١].

ومن وجد آبقاً، أخذه، وهو أمانةٌ، ومن ادعاه فصدقه العبد، أخذه، ولنائب إمام بيعه لمصلحة، فلو قال: كنت أعتقته، فوجهان[م٢].

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله في رد الآبق: (وفي جواز استخدامه بها روايتان في «الموجز» و«التبصرة») انتهى. قلت: وحكاهما أبوالفتح الحلواني في «الكفاية» أيضاً، كالعبد المرهون، والصحيح من المذهب: أنه لا يجوز ذلك في العبد المرهون، فكذا في هذا بطريق أولى وأحرى. قال الشيخ في «المغني»[٣] وغيره: ليس له ذلك، في ظاهر المذهب، يعني: في العبد المرهون، وقدمه في «الكافي»[٤]، والمصنف وغيرهما، وصحح في «الرعاية الكبرى»: أن له ذلك، والله أعلم.

مسألة ـ ٢: قوله: فيما إذا وجد آبقاً: (ولنائب الإمام بيعه لمصلحة، فلو قال) يعني

الحاشية

....

---

(١) ليست في (ط).

(٢) في (ط): «و».

(٣) ٦/ ٥١٠.

(٤) ٣/ ٢٠٣.

الفروع ....

التصحيح

سيده (كنت أعتقته، فوجهان) انتهى. وأطلقهما الحارثي في «شرحه» في باب اللقطة:

أحدهما: يقبل قوله. وهو الصحيح، قدمه في «المغني»[١]، و«الشرح»[٢]، و«شرح ابن رزين»، و«الرعاية الصغرى»، و«الكبرى» القديمة، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يقبل. وهو احتمال في «المغني»[١] و «الشرح»[٢]. قلت: وهو ضعيف، فعليه يكون ثمنُه لبيت المال، والله أعلم. فهاتان مسألتان في هذا الباب قد صححتا.

الحاشية ....

(١) ٨/ ٣٣٠.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ١٨٣.

الفروع

باب السبق

يجوز بلا عوضٍ، مطلقاً، وقال الآمدي: بغير حَمَامٍ، وقيل: وطير، وكره أبوبكر الرميَ عن قوسٍ فارسيةٍ.

يقال: رمى عن القوس، و[١]على القوس[١]، وبها لغةٌ.

وفي كراهة لعب غير معين على عدو وجهان[م١].

وفي «الوسيلة»: يكره الرقص، واللعب كله، ومجالس الشعر، وذكر ابن عقيل وغيره: يكره لعبه بأرجوحة ونحوها، وقال أيضاً: لا يمكن القول بكراهةِ اللعب. وفي «النصيحة» للآجري: من وثب وثبة مزحاً[٢] ولعباً بلا نفع، فانقلب فذهب عقله، عصى، وقضى الصلاة.

وذكر شيخنا: يجوز ما قد يكون فيه منفعةٌ بلامضرةٍ، وظاهرُ كلامه؛ لا يجوز اللعبُ المعروفُ بالطاب الثقيلة، وقال: كل فعل أفضى إلى المحرم كثيراً، حرمه الشارع إذا لم يكن فيه مصلحةٌ راجحةٌ؛ لأنه يكون سبباً للشرِّ والفساد، وقال: ما ألهى وشغلَ عمَّا أمرَ اللّهُ به؛ فهو منهيٌّ عنه، وإن لم يحرم جنسه، كبيعٍ وتجارةٍ وغيرهما.

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (وفي كراهة لعب غير معينٍ على عدو وجهان) انتهى:

أحدهما: يكره. قلت: وهو الصواب، اللهم إلا أن يكون له فيه قصدٌ حسن، وذكر المصنف هنا أشياء تدل على ما قلناه. قال في «المستوعب»: وكل ما سُمِّي لعباً مكروهٌ إلا ما كان مُعيناً على قتال العدوِّ، ذكره ابن عقيل، واقتصر عليه.

والوجه الثاني: لا يكره.

الحاشية

....

(١ ـ ١) ليست في (ر).

(٢) في (ط): «مرحاً».

الفروع

ويستحبُّ بآلة حرب. قال جماعة: والثِّقاف. نقل أبوداود: لا يعجبني أن يتعلم بسيف حديد، بل بسيفٍ خشبٍ؛ لقوله ﷺ: «لا يُشر أحدكم بحديدةٍ»[1] وإذا أراد به غيظَ العدوِّ لا التطرفَ، فلا بأس، وليس من اللهو تأديبُ فرسه، وملاعبةُ أهله، ورميُه؛ لأنه ﷺ قال: «كلُّ شيء يلهو به ابنُ آدم باطل». ثم استثنى هذه الثلاث، رواه أحمد، وأبو داود، والنسائي، والترمذي وحسنه، من حديث عقبة[2].

والمراد: ما فيه مصلحة شرعية، ومنه ما في «الصحيحين»[3] من لعب الحبشة بدَرَقهم وحرابهم، وتوثبهم بذلك على هيئة الرقص في يوم عيد، في مسجد النبي ﷺ، وستر النبي ﷺ عائشة وهي تنظر إليهم، ودخل عمر، فأهوى إلى الحصباء يحصبهم، فقال النبي ﷺ: «دَعْهُم يَا عُمَرُ».

وقد يكون من هذا ما روي عن جعفر بن أبي طالب ﷺ أنه لما قدم ونظر إلى النبي ﷺ، في فتح خيبرَ حَجل يعني: مشى على رجل واحدة إعظاماً لرسول اللّه ﷺ[4]، وقد يدل على أنه لا يحرم الرقص، ولا ينفي الكراهة، مع أنه لا يصحُّ.

قال البيهقيُّ: وقد رواه من طريق الثوري، عن أبي الزبير، عن جابر وفي

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) أخرجه البخاري (٧٠٧٢)، بلفظ: «لا يُشيرُ أحدُكم على أخيه بالسلاح...»، ومسلم (٢٦١٧) بلفظ: «من أشار إلى أخيه بحديدة فإنَّ الملائكة تلعنه...».

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٧٣٣٧)، وأبو داود (٢٥١٣)، والنسائي في «المجتبى» ٦/ ٢٨، والترمذي (١٦٣٧)، من حديث عقبة بن عامر.

(٣) البخاري (١٩٠١)، ومسلم (٨٩٣)، من حديث أبي هريرة.

(٤) أورده الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٩/ ٤٤٢، من حديث جابر.

الفروع إسناده إلى الثوري من لا يُعرف. وقال بعض أصحابنا في كتابه «الهدي»[١]: لو صحَّ لم يكن حُجةً لمن جعله أصلاً له في الرقص، فإن هذا كان من عادة الحبشة تعظيماً لكبرائها، كضرب الجوك عند الترك، فجرى جعفر على تلك الحالة، وفعلها مرة ثم تركها بسنَّة الإسلام.

وقال الخطابي في حديث عقبة المذكور: في هذا بيانٌ أن جميع أنواع اللهو محظورةٌ، وإنما استثنى رسولُ اللّه ﷺ هذه/ الخلال من جملة ما حرم ٢/٥٥ منها؛ لأن كل واحدة منها إذا تأملتها وجدتها معينة على حق أو ذريعة إليه، ويدخل في معناها ما كان من المثاقفة بالسلاح، والشد على الأقدام، ونحوهما، مما يرتاض به الإنسان فيقوى بذلك بدنُه، ويتقوى به على مجالدة العدو.

فأمّا سائر ما يَتلهَّى به البطَّالون من أنواع اللهو وسائرِ ضُروب اللعب، مما لا يستعان به في حقٍّ، فمحظورٌ كله. وكانت عائشةُ وجوارٍ معها يَلْعَبْنَ بالبنات، وهي اللُّعبُ، والنبي ﷺ يَراهُنَّ. رواه أحمد، والبخاري، ومسلم[٢]. وكانت لها أرجوحةٌ قبل أن تتزوج. رواه أبو داود وغيره[٣]، وإسناده جيد، وأظنه في الصحيح. فيرخص فيه للصغار ما لا يرخص فيه للكبار، قاله شيخنا. وفي خبر ابن عمر في زمَّارة الراعي[٤]. ويتوجَّه: وكذا

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) زاد المعاد ٣/ ٢٩٦.

(٢) أحمد (٢٤٢٩٨)، والبخاري (٦١٣٠)، ومسلم (٢٤٤٠).

(٣) أبو داود (٤٩٣٣)، والبخاري (٣٨٩٤) ومسلم (١٤٢٢).

(٤) أخرج أبو داود (٤٩٢٤)، من حديث نافع قال: سمع ابن عمر مزماراً، قال: فوضع إصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق. . . » الحديث.

الفروع

في العيد ونحوه؛ لأنَّ أبا بكر دخل على عائشة وعندها جاريتان في أيام منى تدففان، وتضربان، وتغنيان بما تقاولت به الأنصار، يوم بُعاث، فانتهرهما أبوبكر، وقال: أبمزمار الشيطان عند رسول اللّه ﷺ ؟! فقال النبي ﷺ : «دعهما فإنها أيام عيد»[١].

وروى أحمد[٢]، حدثنا مكي بن إبراهيم، حدثنا الجعيد، عن يزيد بن خصيفة، عن السائب بن يزيد: أن امرأةً جاءت إلى النبي ﷺ ، فقال لعائشة: «هذه قينةُ بني فلان تُحبينَ أن تُغنيك؟» قالت: نعم، فأعطاها طَبَقاً فَغَنَّتْها، فقال: «قد نَفَخَ الشيطانُ في مَنْخَرَيْها». إسناد صحيح، فيحمل على غناء مباح.

ويحرم بعوض إلا في إبل، وخيل، وسهام، وذكر ابن البناء وجهاً: وطيرٍ معدة لأخبار الأعداء، وقد صارع النبي ﷺ رُكانة على شاة، فصرعه، فأخذها، ثم عاد مراراً، فأسلم، فرد النبي ﷺ غنمه. رواه أبوداود في «مراسيله»[٣]، عن موسى بن إسماعيل، عن حماد بن سلمة، عن عمرو بن دينار، عن سعيد بن جبير.

قال البيهقي: مرسل جيد، وأنه متصل ضعيف. ورواه أبوالشيخ[٤]: حدثنا إبراهيم بن علي، حدثنا ابن المقري، حدثنا أبي، حدثنا حماد، عن عمرو، عن سعيد، عن ابن عباس. قال شيخنا: إسناد جيد، وروى أبوالشيخ السبق فيه من وجه آخر، فأراد النبي ﷺ إظهارَ الحقِّ، وهذا وغيره مع الكفار من جنسِ الجهادِ، فهو في معنى الثلاثة*، وجنسها جهاد.

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (فهو في معنى الثلاثة)

وقد تقدم ذكرُها، وهي تأديب فرسه، وملاعبةُ أهلِهِ، ورميُه.

(١) أخرجه البخاري (٩٨٧).

(٢) في مسنده (١٥٧٢٠).

(٣) برقم (٣٠٨)، من حديث سعيد بن جبير.

(٤) ورواه أيضاً أبو داود (٤٠٧٨)، والترمذي (١٧٨٤).

الفروع وهي مذمومةٌ إذا أريد بها الفخرُ والظلمُ.

والصراعُ والسبقُ بالأقدام ونحوهما طاعة إذا قُصد به نصرُ الإسلام، وأخذُ السبقِ عليه أخذٌ بالحقِّ، فالمغالبة الجائزةُ تحلُّ بالعوض إذا كانت مما ينفع في الدِّين، كما في مراهنة أبي بكر[١]، اختار ذلك شيخنا، وقال: إنه أحد الوجهين، معتمداً على ما ذكره ابن البناء. وظاهره: جواز الرهان في العلم، وفاقاً للحنفية؛ لقيام الدِّين بالجهاد والعلم، ونقل حنبل السبق في ريش[٢] الحمام: ما سمعنا، وكرهه.

وفي «الروضة»: يختص جواز السبق ثلاثة أنواع:

الحافر: فيعمُّ كلَّ ذي حافرٍ.

والخف: فيعمُّ كلَّ ذي خُفٍّ.

والنصل: فيختصُّ النُّشَّاب والنَّبْلَ.

ولا يصحُّ السبقُ والرميُ في غير هذه الثلاثة مع الجُعْل وعدمه، كذا قال، ولتعميمه وجهٌ، ويتوجه عليه تعميمُ النّصْلِ. وذكر ابن عبدالبر تحريمَ الرهن في غير الثلاثة (ع) ويشترط كونه معلوماً مباحاً، وهو تمليك بشرط سَبْقه؛ فلهذا قال في «الانتصار»: القياس لا يصحُّ. وإن شرط أنه أو بعضه لأصحابه أو غيرهم، أو قال: إن سبقتني، فلك كذا، ولا أرمي أبداً، أو شهراً، بطل الشرط، وقيل: والعقد، فلغير مخرجه بسبقه أجر مثله، وعند شيخنا: يصحُّ

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) أخرج الترمذي (٣١٩١) عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال لأبي بكر في مُنَاحَبَة ﴿الٓمٓ ۞ غُلِبَتِ ٱلرُّومُ ۞﴾: «ألا احتطتَ يا أبا بكر، فإنَّ البِضع ما بين الثلاث إلى التسع». والنَّحبُ، المراهنةُ

(٢) في الأصل: «الريش».

الفروع

شرطه للإسناد، وشراء قوس، وكراء الحانوت، وإطعام الجماعة؛ لأنه مما يعين على الرمي، وتعيين المركوبين بالرؤية، وتساويهما في ابتداء عَدْو، وانتهائه، واتحادهما نوعاً، وفيه تخريج من تساويهما في الغنيمة*.

قال في «الترغيب»: وتساويهما في النجابة والبطء، وتكافئهما، وتعيين رماة يحسنونه، وإن عقدوا قبل التعيين على أن يقتسموا بعد العقد بالتراضي، جاز، لا بقرعة، وإن بان بعضُ الحزب كثيرَ الإصابة أو عكسه، فادعى ظن خلافه، لم يقبل، ويعتبر تساويهما في عدد رمي، وإصابة، وصفتها، وأحوال الرمي. وفي «الترغيب»: في عدد الرماة وجهان(م٢).

وفي «الموجز»: والرمي متساويان، لا يكون بعضهم صلباً، والآخر رخواً، ومسافةٌ بقدر معتاد، والمركوبين[1] دون الراكبين، وكذا القوسين، ولا يعتبر تعيينهما بل جنسهما. وفي النوع، وصحة شرط ما لا يتعين

التصحيح

مسألة ـ ٢: قوله: (ويعتبر تساويهما في عدد رمي، وإصابة، وصفتها وأحوال الرمي، وفي «الترغيب»: في عدد الرماة وجهان) انتهى. وكذا قال في «البلغة»، وأطلقهما في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»:

أحدهما: لا يشترط استواء عدد الرماة، وهو الصحيح، صححه في «النظم»، وجزم به ابن عبدوس في «تذكرته»، وهوظاهر ما قدمه المصنف.

والوجه الثاني: يشترط، وهما احتمالان في «الرعاية الكبرى»، واحتمال وجهين في «الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير».

الحاشية

*** قوله: (وفيه تخريجٌ من تساويهما في الغنيمةِ)**

أي: أنهما في قسم الغنيمة في الجهاد متساويان لا يُعطى أحدُهما أكثر من الآخر

---

(١) في النسخ الخطية: «والموقف»، والمثبت من (ط).

الفروع وجهان[م٣، ٤]، ويبدل منكسر مطلقاً. ولا يصحُّ في الأصحِّ تناضلهما على أن السبق لأبعدهما رمياً.

التصحيح **مسألة ـ ٣ ـ ٤**: قوله: (ولا يعتبر تعيينهما) يعني القوسين (بل جنسهما، وفي النوع وصحة شرط ما لا يتعين وجهان). انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى ـ ٣: هل يشترط في القوسين أن يكونا من نوعٍ واحدٍ أو يصحُّ أن يكونا من نوعين، كقوس عربي وفارسي؟ أطلق الخلاف في ذلك، وأطلقه في «المغني»[١]، و«الشرح»[٢]، و«الفائق»:

أحدهما: يشترط، فلا يصح بين عربي وفارسي، وهو الصحيح، جزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المحرر»، و«الوجيز»، و«المنور»، وغيرهم، وقدمه في «المقنع»[٢]، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح ابن مُنَجَّا»، وغيرهم. قال الزركشيُّ: هذا المذهبُ. قال الشيخ، والشارح: هذا قولُ غير القاضي.

والوجه الثاني: لا يشترط، اختاره القاضي، وهو احتمال في «المقنع»[٢].

المسألة الثانية ـ ٤: لو اشترطوا شرطاً لا يتعين بتعيينه، فيحتمل أن مرادَه لو شرطا تعيينَ قوسين ونحوه هل يصح أم لا؟ ويحتمل أنَّ مرادَه لو شرطا شرطاً لا يصحُّ، مثل أن يشترطا[٣] أن السابق يُطعم السَّبَقَ أصحابه أو غيرَهم، لكن هذه المسألة لا يصح الشرط فيها عند الأصحاب، وهل يصح العقد أم لا؟ أطلق جماعةٌ الخلاف فيها، والصواب أن مراده المسألةُ الأولى، وهو ظاهر كلام المصنف، ولكن لم أرها، وقد ذكر الشيخ في «المغني»[٤]، وتبعه الشارح: لو عقد النضال جماعة ليتفاضلوا[٥] حزبين، جاز عند القاضي، وذكر احتمالاً بعدم الجواز.

الحاشية ....

(١) ١٣/٤١٨.
(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/١٤.
(٣) في النسخ الخطية: «يشرط»، والمثبت من (ط).
(٤) ١٣/٤٢٥.
(٥) في (ط): «ليتناضلوا».

زاد في «الترغيب»: من غير تقدير، ويبدأ بالرمي من قرع، وقدم القاضي: من له مزيةٌ ببذلِ السبق، واختار في «الترغيب»: يعتبر ذكر المبتدئ به، فإن كان العوض من أحدهما أوغيرهما، فسبق مخرجه أو جاءا معاً، أخذه فقط، وهو كبقية ماله، قاله في «المنتخب» وغيره. وإن سبق من لم يخرج، أخذه. ويحرم العوض منهما إلاّ بمحلل لا يخرج شيئاً، يكافئهما مركوباً ورمياً بينهما، فإن سبقهما، أحرزهما، وإن سبقاه، فلا شيءَ له[1]، وأحدهما يحرزهما، ومع المحلِّل، سَبَقُ الآخر فقط لهما. نص أحمد على معنى ذلك[2] ويكفي محللٌ واحدٌ.

قال الآمدي: لا يجوز أكثر؛ لدفع الحاجة. وفي «الرعاية»: وقيل: بل أكثر. واختار شيخنا: لا محلِّل، وأنه أولى بالعدل من كون السبق من أحدهما، وأبلغ في تحصيل مقصود كلٍّ منهما، وهو بيان عجزِ الآخر، وأنَّ الميسرَ والقمارَ منه لم يحرم لمجرد المخاطرة، بل لأنه أكلٌ للمال بالباطل أو للمخاطرة المتضمنة له، وضعَّفَ جماعةٌ خبرَ أبي هريرة في المحلِّل[3]؛ لأنه من رواية سفيانَ بن حسين، وسعيدِ بن بشيرعن الزهري، وهما ضعيفان فيه. ورواه أئمة أصحابه عنه، عن ابن المسيب، من قوله، وقال أيضاً: إن سمح أحدهما للآخر بالإعطاء، فلا إثم، قال: ولو جعله الأجنبي لأحدهما إن غلب دون الآخر، لم يجز؛ لأنه ظلم، ولو قال المخرج: من سبق أو صَلَّى[4]،

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط). (٢) بعدها في (ط) «بالعدل».

(٣) وقد أخرجه أبو داود (٢٥٧٩)، عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يُؤْمَنُ أن يُسْبَقَ، فليس بقمارٍ. . .» الحديث.

(٤) يقال للفرس الذي يأتي ثانيًا في الحلبة: المُصَلِّي؛ وقد مرَّ هذا التعريف في أول كتاب الصلاة ٤٠١/١ .

الفروع فله عشرة، لم يصح إذا كانا اثنين، فإن زادا، أو قال: ومن صلَّى، فله خمسةٌ، صحَّ، وكذا على الترتيب للأقرب إلى السابق، وهي جَعالة، فإن فضل أحدهما، فله الفسخُ فقط.

وفي «المذهب»، وغيره: يجوزُ على هذا فسخُه، وامتناعه منه، وزيادة عوضه، زاد غيره: وأخذه به رهناً أو كفيلاً، وقيل: لازمٌ فيمتنع ذلك، لكن تنفسخ بموت المعينين. وفي «الترغيب» احتمال: لا يلزم في حقِّ المحلِّل؛ لأنه مغبوطٌ، كمرتهن.

ووارثُ راكبٍ كهو، ثم من أقامه حاكمٌ، وإن قلنا: جائزةٌ، فوجهان(م٥).

التصحيح **مسألة ـ ٥**: قوله: (ووارث راكب كهو، ثم من أقامه حاكم، وإن قلنا: جائزة، فوجهان) انتهى:

أحدهما: لا يكون الوارث كالميت في ذلك، وهو الصحيح، وهو كالصريح المقطوع به في كلام[(١)] كثير من الأصحاب؛ لقطعهم بفسخها[(٢)] بموت أحد المتعاقدين، على القول بأنها عقدٌ جائزٌ، كما قطع به الشيخ في «المقنع»[(٣)]، وغيره، وهو ظاهر كلامه في «الحاوي الصغير»، وغيره.

والوجه الثاني: وارثه كهو في ذلك، ثم الحاكم، جزم به ابن عبدوس في «تذكرته»، وهو ظاهرُ كلامه في «الرعاية الصغرى»، و«الفائق»، وهو كالصريحِ في كلام صاحب «البلغة»، وصرَّح به في «الكافي»[(٤)]، وقطع به لكن جعل الوارث بالخيرة في ذلك. وقال في «المستوعب»: فإن مات أحد الراكبين، قام وارثه مَقامه، فإن عدم الوارثُ، استأجر الحاكمُ من ينوب عنه. انتهى. فأطلق العبارة، فظاهره: أنه كالوارث، على القول باللزوم والجواز، ولعل هذا المذهبُ.

الحاشية ....

---

(١) ليست في (ط).

(٢) في (ط): «بفسخهما».

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/٣١. وفي (ط): «المغني».

(٤) ٣/٤٣٣.

الفروع

قال في «الترغيب»: ولا يجب تسليم عوضه في الحال وإن قلنا بلزومه، على الأصحِّ، بخلاف أجره، بل يبدأ بتسليم عمل. والسبق بالرأس في متماثل عنقه، وفي مختلفه وإبلٍ بكتفٍ. وفي «المحرر»: الكلُّ بالكتف، وقيل: بالقَدَمِ. قال الشيخ: ولا يصحُّ بأقدامٍ معلومةٍ؛ لأنَّه لا ينضبط. وفي «الترغيب»: الأول، وزاد بالرأس في الخيل، قال: وكذا ابتداء الموقف.

ويحرم جنبه مع فرسه أو وراءه فرساً[1] يحرِّضه على العَدْوِ، وجلبه، وهوأن يصيح به في وقتِ/ سِباقِهِ. وفي «مختصر ابن رزين»: يكرهان. ٢/٥٦

والسبق في الرمي بالإصابة المشروطة، وهي إمّا مبادرةٌ: بأن يجعلا السَّبَق لمن سبق إصابتين من عشرين رمية، مع تساويهما في الرمي، أو مفاضلة: بأن يجعلاه لمن فضل الآخر بإصابتين من عشرين رمية، ولا يصحُّ شرط إصابة نادرة، قاله في «المغني»[2] وغيره.

وفي «الترغيب» وغيره: يعتبر إصابة ممكنة، ويشترط معرفةُ الغرض قَدْراً وصفة، ولو وقع السهمُ موضعه بعد أن أطارته الريح، احتسب به، فإن شرط إصابة مقيدة وشك فيما لو بقي موضعه، فلا، وإن عرض ما

التصحيح

تنبيه: جعل المصنفُ وغيرُه محلَّ الخلاف على القول بأنهاعقدٌ جائزٌ، وهو مشكلٌ؛ إذ العقود الجائزة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين، ولعل الميت أحد الراكبين لا المتعاقدين[3]، قاله ابن نصر الله في «حواشيه».

فهذه خمس مسائل في هذا الباب.

الحاشية

....

(١) في الأصل: «قريباً».

(٢) ١٣/ ٤٢٠.

(٣) في النسخ الخطية: «المعاقدين»، والمثبت من (ط).

الفروع يمنع، ككسر[١] قوسٍ، أو قطع [وتر]، أو[٢] ريحٍ شديدةٍ، لم يحتسب عليه، وحكي وجه، والأشهر: ولا له.

ويكره مدح المصيب منهما، وعيب المخطئ، وحرمه ابن عقيل. ويتوجه: يجوز مدح المصيب، ويكره عَيْبُ غيره. ويتوجه في شيخ العلم وغيره: مدحُ المصيب من الطلبة، وعَيْبُ غيره لذلك، والله أعلم.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) في النسخ الخطية: «كسر».
(٢) ليست في الأصل.

الفروع

باب العارية

يعتبر كون المعير أهلاً للتبرع شرعاً، وأهلية مستعير للتبرع له، ويتوجه في مال صغير، كقرضه، وتجوز إعارةُ ذي نفع جائز، ينتفع به مع بقاء عينه إلا البُضْع، وما حَرُم استعمالُه لمُحْرِم، وقيل: وكلباً لصيد، وفحلاً لضراب، وقيل: وأمة شابة لغير مَحْرَم أو امرأة، جزم به في «التبصرة» و«الكافي»[(١)].

والأشهر: يكره، وفي «المغني»[(٢)]: إن خلا أو نظرَ، وأنه لا بأس بشوهاء[(٣)] أو كبيرة، ويجوز لهما، وقيل: يكره، وفي «الترغيب»: إلا البرزة، وفي «التبصرة»: وعبداً مسلماً لكافر، ويتوجه كإجارة، وقيل فيه بالكراهة وعدمها، وقيل: تجب أي العارية مع غنى رَبِّه، اختاره[(٤)] شيخنا.

ويكره أحدُ أبويه لخدمة*، وللمعير الرجوع، وعنه: إن عين مدة تعينت،

التصحيح ....

الحاشية

فائدة: نفقةُ العارية على المعير، قاله أبوالمعالي ابنُ المُنجَّا في «شرح الهداية»، ووافقه في «الرعاية»، وجعله الحلواني في «التبصرة» على المستعير، وإليه مَيْلُ أبي العباس، وخرجها مرةً على الخلاف في نفقةِ الجارية الموصَى بنفعِها فقط، مع أنه قال: لا أعرف في المسألة نقلاً، وهذا ملخصٌ من «الاختيارات»، وأما مُؤنةُ ردِّ العاريةِ فإنها على المستعيرِ لا غَير، ذكره في «المقنع»[(٥)] و«المحرر»، والذي ذكره في «التبصرة»، من أن نفقتها على المستعير، ذكره عنه في «القواعد» في قاعدة: إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها، وهي السابعة والعشرون.

*** قوله: (ويكره أحد أبويه لخدمة)**

أي: يكره استعارة أحد أبويه لخدمة؛ وهي في نسخة كذلك، وعلى ما في الأصل يكون من باب حذف المضاف وإقامة/ المضاف إليه مُقامه.

١٦٦

---

(١) ٣/ ٤٩٠.

(٢) ٧/ ٣٤٦.

(٣) الأصل: «شوهاء».

(٤) في (ط): «اختار».

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٩٩.

الفروع

وعنه: ومع إطلاقه لا يرجع قبل انتفاعه. قال القاضي: القبض شرط في لزومها، وقال: يحصل بها الملك مع عدم قبضها، وفي «مفردات أبي الوفاء» في ضمان المبيع المتعين بالعقد: الملك أبطأ حصولاً وأكثر شروطاً من الضمان؛ لسقوط الضمان بإباحة الطعام بتقديمه، وضمان المنفعة بعارية العين ولا ملك، فإذا حصل بالتعيين هنا الإبطاء، فأولى حصول الأسرع، وهو الضمان.

وقال أبوالخطاب: لا يملك مكيلاً وموزوناً بلفظها، ولو سُلِّم، ويكون قرضاً، فإنه يُملك به وبالقبض، وفي «الانتصار»: لفظ العارية في الأثمان قرض. وفي «المغني»[(١)]: إن استعارها للنفقة، فقرض، وقيل: لا يجوز، ونقل صالح: منحةُ لبن هو العارية، ومنحةُ وَرِق هو القرض. وذكر الأزجي خلافاً في صحة إعارة دراهم ودنانير للتجمل والزينة، ولا رجوعَ لمعيرِ سفينةٍ لمتاعٍ في اللجة حتى ترسي، وحائطٍ لخشب[(٢)] حتى يسقط، فلا يردان*(☆) بلا إذنه، وفي الحائط احتمال: يرجع إن ضمن النقص، وكذا أرضاً لدفن

التصحيح

(☆) تنبيه: قوله (ولا رجوع لمعير. . حائط لخشب حتى يسقط، فلا يردان[(٣)])، انتهى. الصحيح من المذهب أنه ليس له رد الخشب مكانها إذا سقط، كما قطع به المصنف، وجزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[(٤)]، و«المحرر» و«الشرح»[(٤)] و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الرعايتين»

الحاشية

* قوله: (وحائط لخشب حتى[(٥)] يسقط، فلا يُردَّان)

أي: لا يردُّ المتاع والخشب.

---

(١) ٧/٣٤٧.

(٢) في (ط): «الخشب».

(٣) في النسخ الخطية: «يرد»، والمثبت من (ط).

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/٧٣.

(٥) في (ق): «حق».

الفروع

ميت حتى يبلى، وقيل: ويصير رميماً.

وقال ابن الجوزي: يُخرج عظامَه ويأخذ أرضه، ولا أجرة في الكلِّ، وإن أعاره أرضاً لزرع لا يُقصل ويترك حتى يُحصد، ولغرس أو بناء وشرط قلعه عند رجوعه أو في وقتٍ قلعه فيه مجاناً، وإلا فلربِّ الأرض أخذه بقيمته أو قلعه، ويضمن نقصه، خلافاً للحلواني فيه، ولا يلزم المستعير تسوية الحفر، قاله جماعة. وفي «المستوعب»: إلا مع شرط القلع، وعند الشيخ: إلا مع إطلاقه، ويلزمه بشرطها، ومثله غرس مشتر وبناؤه لفسخ بعيب أو فلس، وفيه وجه: لا يأخذه ولا يقلعه، وقيل: إن أبى المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص أو أبى دفع قيمته، رجع أيضاً، والمبيع بعقد فاسد، كمستعير فقط (وش) ذكره صاحب «المجرد»، و«الفصول»، و«المغني»، في الشروط في الرهن، لتضمنه إذناً، وصاحب«المحرر»، ولا أجرة.

وفي «المجرد»: لو غارسه على أن الأرضَ والغرس بينهما، فله أيضاً تبقيته بالأجرة، ويتوجه في الفاسد وجه، كغصب؛ لأنهم ألحقوه به في الضمان، وفاقاً لأبي يوسف ومحمد، ولا يقال لرب الأرض: قيمتها فقط

التصحيح

و«الحاوي الصغير»، و«النظم»، و«الفائق»، وغيرهم. وقال الحارثي: قاله المصنف يعني به: الشيخ الموفق والقاضي وابن عقيل، في آخرين من الأصحاب، وقال القاضي والمصنف يعني به: صاحب «المغني»[1] في الصلح: له إعادته إلى الحائط، قال: وهو الصحيح اللائق بالمذهب؛ لأن السبب مستمر، فكان الاستحقاق مستمرّاً. انتهى. ولم يطلع المصنف على كلام الحارثي [2]أو لم يستحضره[2]؛ فلذلك جزم بالحكم تبعاً لغيره، والله أعلم.

الحاشية ....

---

(١) ٧/ ٣٤٦.

(٢ـ٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع (م هـ)، ومستأجر كمستعير، ولم يذكر جماعة فيه أخذه بقيمته.

زاد في «التلخيص»: كما في عارية مؤقتة، ولم يفرقوا بين كون المستأجر وقف ما بناه أو لا*، مع أنهم ذكروا استئجار دار يجعلها مسجداً، فإن لم يترك بالأجرة، فيتوجه: أن لا[1] يبطل بالوقوف مطلقاً، وتقدم في الصلح كلامه في «الفنون». وهو هنا أولى، وقال معناه شيخنا*، فإنه قال فيمن

التصحيح ....

الحاشية * **قوله: (ومستأجر كمستعير) إلى أن قال: (ولم يفرقوا بين كون المستأجر، وقف ما بناه أولا. . .) إلى آخره.**

ذكر المصنف: أنه تقدم في الصلح كلامه في «الفنون»، قال في «الفنون»: فإذا فرغت المدة يحتمل أنه ليس لربِّ الجدار مطالبتُه بقلع خشبه، وهو الأشبه، كإعارته لذلك لما فيه من الخروج عن[2] حكم العرف؛ لأنَّ العرف وضعها للأبد، فهو كإعارة الأرض للدفن، لما كان يراد لإحالة الأرض للأجسادِ لم يملك الرجوعَ قبل ذلك، ثم إمّا أن يتركه بعد المدة بحكم العرف بأجرة مثله إلى حين نفاذ الخشب؛ لأنه العرف فيه، كالزرع إلى حصاده للعرف فيه، أو يجدد إجارةً بأجرة المثل، وقوله: هذا يظهر لي بعده؛ لأنه يلزم منه إبقاؤه بعد انقضاء مدة الإجارة، ولم يقل به أحد[3].

* **قوله: (وقال معناه شيخنا. . .) إلى آخره.**

ما ذكره عن الشيخ ليس صريحاً في لزوم[4] إبقائه؛ لأن قوله: (وانهدم البناء) يحتمل أنه أراد انهدم بنفسه من غير هدمهم إياه، فيكون كما قاله المصنف، ويحتمل ما هو أعمُّ من ذلك، وهو هدمُه بنفسه أو هدمُ مالك الأرضِ له، فإنَّ «انهدم» من أفعالِ المطاوعةِ؛ يقال: هدمته فانهدمَ، وكذلك ما دامَ قائماً فيها، فعليه الأجرةُ، يحتمل أنه أراد قيامه فيها يوجب الأُجرةَ لا أنه يلزم إقامته فيها بالأجرة؛ لأنه لا يلزم من وجوب أجرته ما دام قائماً، أنه يلزمه إقامته فيها بالأجرة، نعم لو قال:

(١) ليست في (ط).
(٢) في (ق): «من».
(٣) في (ق): «أحمد».
(٤) في (د): «لزومه».

الفروع احتكر أرضاً بنى فيها مسجداً أو بنى وقفه عليه: متى فرغت المدة وانهدم

التصحيح ....

الحاشية

يلزم إبقاؤه بالأجرة، كان كما قال، نعم يحتمل ما قاله المصنف، لكنه محتمل[1] لغيره كما قلنا، والله أعلم.

ويمكن أن يستشهد للزوم بقائه، إذا وقف بمسألة الشفعة إذا وقف الشقص المشفوع، فإن الشفعة تسقط على المنصوص، وفي هذا الاستشهاد نظرٌ يظهربالتأمل؛ لأنه علل في مسألة الشفعة بأنَّ الشفعة من شرطها الملك، وقد زال، بخلاف هنا، ولأنَّ حقَّ الموقوف عليه إذا سقط بالأخذ بالشفعة سقط حقه بالكلية، بخلاف مسألة الوقف هنا؛ فإن الوقف لا يبطل كما وجهه المصنف؛ لأنه يمكن صرفه في مثله، يكون وقفاً، ويمكن الجواب عن ذلك، والجمع بين المسألتين، وليس الموضع هنا متسعاً لكثرة البحث، وإنما القصد التنبيه لمن أراد النظر.

واعلم أنه يخرج ما وجَّهَهُ المصنف، أنه لا يبطل إذا أخذه مالك الأرض بالقيمة، أنه لا يبطل الوقف أيضاً في مسألة الشفعة؛ إذ لا يظهر الفرق بين مسألة الشفعة، وبين هذه، فتصير المسألتان على قولين، وهذا ظاهر، أعني: أن المسألتين على حد واحد، فما قيل في إحداهما، قيل في الأخرى، وأمّا إذا قلع الغراس[2] أو البناء الموقوف، فهذا لا يبطل وقفه؛ لأن أعيان الوقف باقية على الوقف لم يفسخ الوقف فيها، وبالجملة فقول المصنف: (أنه لا يبطل الوقف) قويٌّ جدّاً، وإن تملكه ربُّ الأرض، فيشتري بعوضه ما يقوم مقامهُ، إلا أن لا يتضح الفرق بينه وبين مسألة الشفعة، إلا أن يقال إذا أخذ هنا: يؤخذ من الموقوف عليه، ولا يفسخ عقد الوقف فيصير بمنزلة إذا بيع الوقفُ بطريق شرعيٍّ، فيشتري بثمنه ما يقوم مقامه، وأمّا في مسألة الشفعة، فإنه يؤخذ من المشتري الذي وجبت الشفعةُ بعقده، فلا يؤخذ إلا بعد فسخ عقد الوقف، وإذا فسخ عقدُ الوقف، صار كأنه لم يوجد، فيبطل الوقف ويصير الثمن له، فالحاصل من كلام المصنف تخريجُ قولين فيما إذا وقف المستأجرُ بناءَه هل لمالك الأرض الإلزامُ بقلع البناء الذي قد وقف، أم يلزمه[3]

---

(١) في (ق): «يحتمل».

(٢) في (د): «الغرس».

(٣) في (ق): «يلزم».

الفروع البناء، زال حكم الوقف وأخذوا أرضهم فانتفعوا بها، وما دام البناء قائماً فيها، فعليه أجرة المثل، كوقف علو ربع[1] أو دار مسجداً، فإن وقف علو ذلك لا يسقط حقُّ مُلاَّك السفل، كذا وقف البناء لا يُسقط حقَّ مُلاَّك الأرض، وإن شرط في إجارة [2]بقاء غرس، فكإطلاقه. وقيل: تبطل، ولو اكترى مدة لزرع ما[2] [2]يتم(☆) فيها* وشرط قلعه بعدها، صحَّ، وإن شرط[2] بقاءه ليتم أو سكت، فسد، فإن زرعَ، فأجرة مثله، وقيل: يصح إن سكت*،

التصحيح ....

الحاشية إبقاؤه بالأجرة؟ فالقول الأول، وهو أنه يملك قلعَه، أخذَه من كونهم خَيَّرُوه، ولم يفرقوا بين كون[3] البناء وقفاً أم لا، وقوَّى ذلك، بكونهم ذكروا جوازَ استئجار دار بجعلها مسجداً، ولم يفرقوا في صورة التخيير، فدلَّ أنهم أدخلُوا صورةَ المسجد في مسألة التخيير، ولو لم يدخلوها في التخيير، لأخرجوها بلفظ يبينُ حكمَها. والقولُ الثاني وهو أنه يبقيه بالأجرة، خرَّجه من كلام ابن عقيل، الذي ذكره في «الفنون»، وأنه هنا أولى؛ لأنه إذا لزم إبقاء الملك بالأُجرة، فإبقاء الوقف أولى، وذكر أن الشيخ تقي الدين ذكر معنى كلام ابن عقيل، يعني: أنه يبقيه بالأجرة.

* **قوله: (ولو اكترى مدة لزرعٍ ما يتم فيها).**

كذا هو في النسخ، والذي يظهر أنه ما لا يتمُّ، بزيادة «لا» بعد «ما» بدليل قوله: (وإن شرط بقاءه ليتم) وقال بعضُهم: يمكن أن يكون بتنوين «زرعٍ» وما نافية.

* **قوله: (وقيل: يصح إن سكت)**

هذا القول جزم به في «الكافي»[4]، وقال في «المغني»[5]: احتمل أن يصح، واحتمل أنه إن أمكن

---

(١) الرَّبْع: الدار بعينها حيث كانت، والجمع رباع وربوع وأرباع. والمنزل، والنعش، وجماعة الناس. «القاموس»: (ربع).

(٢-٢) ليست في الأصل.

(٣) ليست في (ق).

(٤) ٣/٣٨٦.

(٥) ٨/٦٥-٦٦.

الفروع

فإذا تمت والزرع باق، فقيل: كفراغها وفيها زرع بقاؤه بتفريط مكتر، فهو كغاصب، ولربه نقله. وذكر القاضي: أنه يلزمه، وقيل: كمبقًى بلا تفريطه تركه[1] بالأجرة*(م١).

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (وإن اكترى مدة لزرع ما يتم فيها وشرط قلعه بعدها، صحَّ، وإن شرط بقاءه ليتم أو سكت، فسد، فإن زرع، فأجرة مثله، وقيل: يصح إن سكت، فإذا تمت والزرع باق، فقيل: كفراغها وفيها زرع بقاؤه بتفريط مكتر، فهو كغاصب، ولربه نقله، وذكر القاضي: أنه يلزمه، وقيل: كمبقى بلا تفريطه تركه بالأجرة). انتهى. وهذان القولان على[2] القول بالصحة فيما إذا سكت، وأطلقهما في «المغني»[3] و«الشرح»[4]:

أحدهما: حكمه حكم الزرع المبقى بتفريط المستأجر، قدمه في «الرعاية الكبرى» فقال: فإذا فرغت المدة والزرع باقٍ، فهو كمفرط، وقيل: لا. انتهى. قلت: وما قدمه هو الصواب.

والوجه الثاني: هو كالمبقى بلا تفريط، فيترك بالأجرة.

(☆) **تنبيه**: قوله: (وإن اكترى مدة لزرع ما يتم) قال شيخنا: كذا في النسخ، والذي يظهر: أنه ما لا يتم، بزيادة «لا» بعد «ما» بدليل قوله: (وإن شرط بقاءه ليتم) ويحتمل أن يكون لزرع منون، و«ما» نافية، وقوله: (تركه بالأجرة) هنا نقص، وتقديره والله أعلم يلزم تركه «فيلزم» هو النقص.

الحاشية

أن ينتفع بالأرض في زرعٍ، ضرره كضرر الزرع المشروط، أو دونَه، مثل أن يزرعها شعيراً، يأخذه قصيلاً، صح العقد، وإن لم يكن كذلك، لم يصح.

*** قوله: (تركه بالأجرة)**

الذي يظهر، أنّ «تركه»، فاعل «يلزمه»، فعلى هذا: يكون وذكر القاضي أنه يلزم ربه نقله، فيكون متعلقاً بما قبله، فعلى هذا: يكون «تركه» فاعلاً لفعل مقدر، أي: وقيل: يلزم تركه بالأجرة، كمبقى بلا تفريطه، وهذا ظاهر اللفظ.

---

(١) في الأصل و(ط): «يتركه».

(٢) في (ط): «في».

(٣) ٨/ ٦٥ ـ ٦٦.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٥٢٠ ـ ٥٢١.

الفروع

وله أجرة مثله في إجارة، وهنا قال الأكثر: له أجرة في زرع من رجوعه، فخرجه بعضهم في غرس وبناء، وقيل: وغيرهما، وجزم به في «التبصرة» في مسألة السفينة، واختاره أبومحمد يوسف الجوزي فيما سوى أرض للدفن، ولرب الأرض التصرف بما لا يضرهما، ولربها[١] دخولها لمصلحتها خاصة، وأيهما طلب البيع، ففي إجبار الآخر معه وجهان[م٢]، ولو حمل سيلٌ بذراً فنبت، فلرب الأرض أجرةُ مثله، في الأصحِّ، وحمله غرساً كغرس شفيع، وقيل: فيه، وقيل: وفي زرع كغاصب.

فصل

العاريةُ المقبوضةُ مضمونةٌ، نص عليه؛ لأنَّ النفعَ غيرُ مستحقٍّ، بخلاف عبد موصًى بنفعه، وقاسها جماعةٌ على [٢]المقبوض على[٢] وَجْه السَّوْم، فدل على رواية مُخرَّجة، وهومتجهٌ، وذكر الحارثي خلافاً: لا يضمن، وذكره شيخنا عن بعض أصحابنا، واختاره صاحب «الهدي» فيه. وعنه: بلى إن شرطه، اختاره أبوحفص وشيخنا، وعنه: إن لم يشرط نفيه، جزم به في

التصحيح

مسألة ـ ٢: قوله: (ولرب الأرض التصرف بما لا يضرهما، ولربها دخولها لمصلحتها خاصة، وأيهما طلب البيع، ففي إجبار الآخر معه وجهان). انتهى. وأطلقهما في «المحرر» و «الفائق»:

أحدهما: يجبر، جزم به في «الوجيز» وغيره. قال في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»: أجبر، في أصحِّ الوجهين.

١٤٩ والوجه الثاني: لا يجبر. صححه في «تصحيح المحرر» / و«النظم»، و«تجريد العناية».

الحاشية

....

---

(١) في (ر): «ولربهما».

(٢ـ٢) ليست في الأصل.

الفروع

«التبصرة» بقيمتها يوم التلف، ولا يضمن وقف بلا تفريط، في ظاهر كلامه وأصحابه.

وإن تلفت أو جزؤها بانتفاع بمعروف أو الولد أو الزيادة، لم يضمن، في الأصحِّ، وفي ولد مؤجرة ووديعة الوجهان، ويصدق في عدم تَعدِّيه، ولا يضمن رائضٌ ووكيلٌ؛ لأنه غير مستعير، ويستوفي المنفعة* كمستأجر، وليس له أن ينتفع إلا بمنفعةٍ معهودةٍ، ويؤجر بإذن، وقيل: وبدونه إن عين مدة*، ولا يضمن مستأجر منه، في الأصحِّ، والأجرةُ لربها، وقيل: له، وفي جواز إعارة المستعير وجهان أصلهما هل هي هبةُ منفعةٍ أو إباحة؟*(م٣). ويتوجه عليهما تعليقها بشرط، وفي «المنتخب»: يصحُّ. قال في «الترغيب»: يكفي ما دل على الرضى من قول أو فعل، فلو سمع من يقول/ : أردت من ٢/ ٥٧

التصحيح

مسألة ـ ٣: قوله: (وفي جواز إعارة المستعير وجهان، أصلهما هل هي هبة منفعة أو إباحة) انتهى. فنتكلم أولاً على أصل الوجهين وبه[1] يعرف الصحيح منهما في جواز إعارة المستعير وعدمه، فنقول: نفس الإعارة هل هي هبة منفعة أو إباحة منفعة؟ فيه وجهان، وأطلقهما الناظم:

الحاشية

*** قوله: (ويستوفي المنفعة)**

أي: المستعير، كما يستوفيها المستأجرُ.

*** قوله: (ويؤجر بإذن، وقيل: وبدونه، إن عين مدة).**

قوله: (إن عين مدة) عائد إلى كلٍّ من القولين المتقدِّمين: فلا بد أن المالك يعين مدةً، حتى تجوز الإجارةُ.

*** قوله: (وفي جواز إعارة المستعير وجهان أصلهما هل هي هبة منفعة أو إباحة؟)** إلى آخره.

جزم في «المغني»[2] بأنها إباحةٌ، وأنه لا يجوز للمعير الإعارةُ، وجزم في «المقنع»[3] أنها هبة

(١) في (ط): «فيه».

(٢) ٧/ ٣٤٧.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٦٥.

الفروع يعيرني كذا، فأعطاه، كفى؛ لأنه إباحةٌ لا عقدٌ، وسهم فرس لغزو له كحبيس ومستأجر، وعنه: لمالكه، وسهم فرس مغصوب، كصيد جارح[١]، ويعطى نفقة الحبيس، نقله أبوطالب، ومن قال: ما أركبها إلا بأجرة، قال ربها: ما

التصحيح أحدهما: هي إباحة منفعة، وهو الصحيح، اختاره ابن عقيل، وابن حمدان في «الرعاية الصغرى»، وابن عبدوس في «تذكرته». قال الحارثي: وهو أمس بالمذهب، واختاره غير واحد. انتهى. وجزم به في «المغني»[٢]، و«التلخيص»، و«الشرح»[٣]، و«الفائق»، وغيرهم، وقدمه في «المستوعب»، و«الرعاية الكبرى».

والوجه الثاني: هي هبة منفعة، جزم به في «الهداية»، و«الخلاصة»، و«الكافي»[٤]، و«المقنع»[٥]، و«الهادي»، و«المذهب الأحمد»، و«الوجيز»، و«إدراك الغاية»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، وقدمه في «الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير». قال الحارثي: ويدخل على هذا الوجه الوصيةُ بالمنفعة، وليس بإعارة، وقال: الفرق بين القولين أن الهبة تملك يستفيد به التصرف في الشيء، كما يستفيده فيه بعقد المعاوضة، والإباحة رفع الحرج من تناول ما ليس مملوكاً له، فالتناول مستند إلى الإباحة، وفي الأول مستند إلى الملك. وقال في تعليل الوجه الأول: فإن المنفعة لو ملكت بمجرد الإعارة لا استقل المستعير بالإجارة والإعارة، كما في الشفعة والمملوكة بعقد الإجارة. انتهى.

الحاشية وليس للمستعير أن يعير [٦]ومثلُه في «الهداية»، فظاهر كلامهما: ليس له أن يعير[٦] وإن قلنا: هي هبة، وفي «الهداية» ما يؤكد ذلك، فإنه قال: هبة منفعة، فلا يملك في المنفعة إلاّ ما قبضَه بالانتفاع.

---

(١) في الأصل: «خارج».
(٢) ٧/ ٣٤٠.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٧٠.
(٤) ٣/ ٤٨٩.
(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٦٥.
(٦ ـ ٦) ليست في (د).

الفروع

آخذ لها أجرة، ولا عقد بينهما، فعارية، ولو أركب دابته منقطعاً للّه، لم يضمن، وفيه وجه، وكذا رديف، وقيل: يضمن نصفَ القيمة.

يُقال: ردفته، بكسر الدال أردَفه[1] بفتحها، إذا ركبتَ خلفه، وأردفته أنا، وأصله من ركوبه على الرِّدْف، وهو العجز، ويقال: ردف، بكسر الراء وسكون الدال، ورديف.

ولو سلم شريك شريكه الدابةَ، فتلفت بلا تفريط ولا تعدٍّ؛ بأن ساقها

التصحيح

إذا علمت ذلك فمن قال: هي إباحة منفعة، لم يجوِّز له الإعارة، وهذا هو الصحيح كما تقدم، ومن قال: هي هبة منفعة، أجاز للمستعير أن يعير، واللّه أعلم.

قلت: ظاهرُ كلام كثير من الأصحاب عدمُ جواز إعارتها على كلا[2] الوجهين، ففي «الهداية»، و«الخلاصة»، و«الكافي»[3]، و«المقنع»[4]، و«الهادي»، و«المذهب الأحمد»، و«إدراك الغاية»، و«شرح ابن رزين» وغيرهم: أنها هبةُ منفعة، وقالوا: ليس له أن يعير، وهو الصواب، ولا يمتنع هبة شيء مخصوص وعدم التصرف فيه، وصحح في «النظم» عدم الجواز أيضاً مع إطلاقِهِ الخلاف في كونها هبةَ منفعةٍ أو إباحةَ منفعةٍ، ولكن ظاهر كلامه في «المغني»[5]، و«الشرح»[4] الجواز على القول بأنها هبة منفعة، وتابعهما المصنف على ذلك. وقال الحارثي: أصل هذا ما قدمنا من أن الإعارة إباحة منفعة[6]. وقال عن الوجه الثاني: يتفرع على رواية اللزوم في العارية المؤقتة[7]. انتهى.

الحاشية

....

(١) في الأصل: «أردفته».

(٢) في (ط): «كلام».

(٣) ٣/ ٤٩٢.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٩٥ـ ٩٧.

(٥) ٧/ ٣٤٧، والذي في «المغني» التصريح بعدم الجواز وبأنها إباحة منفعة لاهبة.

(٦) ليست في (ح).

(٧) ليست في (ط).

الفروع

فوق العادة* ونحوه، لم يضمن، قاله شيخنا، ويتوجه كعارية إن كان عاريةً وإلا لم يضمن*، وإن رَدَّها إلى من عُرف بقبضها عادةً، كزوجة أو سائس خلافاً للحلواني فيه[1] برئ، وإلا فلا، كإصطبل مالكها وغلامه، وخالف فيه صاحب «الرعاية»، وظاهر تقديم «المستوعب»: يبرأ بربها ووكيله فقط.

التصحيح

قلت: قطع في القاعدة السابعة والثمانين بجواز إعارة العين المعارة المؤقتة إذا قيل بلزومها وملك المنفعة فيها. انتهى. فتلخص أن المصنف تابع الشيخ في «المغني»[2] على هذا البناء، وأن ظاهر كلام أكثر الأصحاب: منعوا من الإعارة ولم يبنوا، وهو الصواب.

فهذه ثلاث مسائل قد صححت.

الحاشية

*** قوله: (ولو سلم شريك إلى شريكه الدابة، فتلفت بلا تفريطٍ ولا تعدٍّ؛ بأن ساقها فوق العادة).**

[3]السَّوْقُ فوق العادة[3] من صور التعدي، فيكون ضامناً. و[4] قوله: (لم يضمن) يرجع إلى ما قبله، وهو ما إذا تلفت بلا تفريطٍ ولا تعدٍّ، ويكون التقدير: فتلفت بلا تفريطٍ ولا تعدٍّ، لم يضمن، والتعدي بأن ساقها فوق العادة.

*** قوله: (ويتوجه كعارية إن كان عارية، وإلا لم يضمن).**

قال المصنف في الهبة[5] قبل الفصل الأول بسطرين: (قال في «المجرد»: ويعتبر لقبض المشاع إذن الشريك فيه، فيكون نصفه مقبوضاً تملكاً، ونصف الشريك أمانة. قال في «الفنون»: بل عارية يضمنه) وعلى توجيه المصنف هنا[6]: وإن سلمها إليه ليعلفها، ويقوم بمصلحتها ونحو ذلك، لم يضمن، وإن سلمها إليه لركوبها لمصالحه وقضاء حوائجه عليها، فهذه عارية.

---

(١) ليست في الأصل.

(٢) لم أجد المسألة في مظانها في «المغني».

(٣ ـ ٣) ليست في (ق).

(٤) ليست في (د).

(٥) ص ٣٩٦.

(٦) بعدها في (د): «و».

الفروع

وإذا قال: أعرتني، أو آجرتني، قال: بل[1] غصبتني، أو قال: أعرتك، قال: آجرتني والبهيمة تالفة، أو اختلفا في ردها، قُبل قول المالك، وكذا: أعرتني، قال: أودعتك، صدق المالك، فيضمن ما انتفع، ولو قال: آجرتك، قال: أعرتني، عقيب العقد، قبل قول القابض، فلا يغرم القيمة، وبعد مضي مدة لها أجرة، يقبل قول المالك، في الأصحِّ في ماضيها، وله أجرة المثل.

وقيل: المسمَّى، وقيل: أقلهما. وكذا لو ادعى أنه زرع عاريةً، وقال ربها: إجارة، ذكره شيخنا، وكذا في الأجرة: أعرتني، أو[2] آجرتني، قال: غصبتني، وقيل: إن قال: أودعتني، قال: غصبتني، فوجهان. والله تعالى أعلم.

التصحيح

....

الحاشية

قلت: وهذا الذي وجهه المصنف في غاية القوة، فإذا قلنا بأنه عارية، يأتي فيه الخلاف والتفصيل الذي ذكروه في العارية، والذي يظهر لي، أن ما ذكره/ عن الشيخ تقي الدين، لا يخالف هذا التوجيه، لوضوحه وتعيين القول به، وإنما أطلق الشيخ عدم الضمان إذا لم يحصل تعدٍّ؛ لأن العارية عنده لا تضمن إلاّ إذا شرط ضمانها، أو حصل تعدٍّ، فلما كانت العاريةُ عنده غيرَ مضمونةٍ، أطلق عدمَ الضمان وإن كانتْ عاريةً؛ إذ لا يظنُّ بالشيخ أنه يحكم بعدم الضمانِ إذا أعاره حصته وشرط عليه ضمانها.

١٦٧

---

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) في (ط): «و».

الفروع

باب الوديعة

وهي وكالةٌ في الحفظ، فيعتبر أركانها، وينفسخ بموت وجنون وعزل، كوكالة، ويلزمه حفظُها في حرزِ مِثلِها عرفاً، كسرقة، وإن عينه ربها فأحرزها بمثله أو فوقه بلا حاجة، كـ: البس الخاتم في خنصر، فلبسه في بنصر، لا عكسه، لم يضمن. وقيل: بلى، وهو رواية في «التبصرة»، وقيل: بمثله، كدونه، وقيل فيه: إن رده إليه، فلا، وإن نهاه عن إخراجها، لزمه إخراجها عند الخوف، ويحرم لغيره، في الأصحِّ فيهما، وإن قال: لا تخرجها وإن خفت عليها، لم يضمن، وقيل: إن وافقه* أو خالفه، ضمن، كإخراجها لغير خوف، وإن ترك علف الدابة، ضمن، وقيل: لا، كلا تعلفها، وإن حرم. وإن أمره به، لزمه، وقيل: بقبوله، ويعتبر حاكم.

وفي «المنتخب»: لا، وإن عين جيبه، ضمن في كمه ويده، لا عكسه، وإن عين كُمَّه، ففي يده، أو عيَّنَ يده، ففي كُمِّه وجهان(م١، ٢) وإن جاءه

التصحيح

مسألة ـ ١ ـ ٢: قوله: (وإن عين كمه، ففي يده، أو عين يده، ففي كمه وجهان) انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى ـ ١: لو قال: اتركها في كمك، فتركها في يده فتلفت، فهل يضمن أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[(١)]، و«المقنع»[(٢)]، و«الهادي»، و«التلخيص»، و«الشرح»[(٢)]، و«الرعايتين»، و«النظم»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم:

الحاشية

* **قوله: (وقيل: إن وافقه)**

يعني: لم يضمن، فإنه قدَّمَ ما يُفهم منه أنه إذا قال: لا تخرجها وإن خفت، لم يضمن سواءٌ أخرجها أو لم يخرجها، ثم ذكر هذا القول أنه لا يضمن إذا وافقه، ويضمن إن خالفه.

---

(١) ٩/٢٦٦.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/٢١.

الفروع

بالسوق وأمره بحفظها ببيته فتركها عنده إلى مضيه لمنزله، ضمن، وقيل: لا، وهو أظهر*، ومتى أطلق، فتركها بجيبه أو يده، أو شدها في كمه أو عضده وقيل: من جانب الجيب أو ترك في كُمِّه ثقيلاً بلا شدٍّ، أو تركها في وسطه وحرز عليه سراويل، لم يضمن. وضمنه في «الفصول» في جيب وكم، على رواية أن الطَّرَّارَ[1] لا يُقطع، وذكر إن تركه في رأسه وغرزه في عمامته أو تحت قلنسوته، احتمل أنه حرزٌ، وإن دفعها إلى من يحفظ ماله أو مال ربها عادة، كزوجة وخادم، وفي «الروضة»: وولد ونحو ذلك، لم يضمن، في

التصحيح

أحدهما: لا يضمن، قال الحارثي: وهو الأظهر عند القاضي وابن عقيل.

والوجه الثاني: يضمن، وهو الصحيح، صححه في «التصحيح»، وقدمه في «الكافي»[2]. قال الحارثي: وإليه ميل المصنف في كتابيه[3]، يعني به الشيخ في «المغني»[4]، و«الكافي»[2]، وقدمه في «إدراك الغاية».

المسألة الثانية ـ ٢: عكسها ما لو قال: اتركها في يدك، فتركها في كمه، وحكمها حكم التي قبلها، خلافاً ومذهباً.

قلت: الصواب أنَّ اليد أحرزُ من الكم في المسألتين، والله أعلم.

وقال القاضي: اليد أحرز عند المغالبة، والكُمُّ أحرزُ عند عدم المغالبة، فعلى هذا: إن أمره بتركها في يده فشدَّها في كمه في غير حال المغالبة، فلا ضمان عليه، وإن فعل ذلك عند المغالبة، ضَمن.

الحاشية

* **قوله: (وإن جاءه بالسوق، وأمره بحفظها ببيته، فتركها عنده إلى مضيه لمنزله، ضمن، وقيل: لا، وهو أظهر)**

والذي يظهر إن كان بيته بعيداً لا يروح إليه إلاّ بعد قضاء أشغاله، فتلفت في مدة إقامته، لم يضمن جزماً.

(١) الطَّرَّارَ: الذي يقطع النفقات ويأخذها على غفلة من أهلها. «المصباح».

(٢) ٣/ ٤٨١ ـ ٤٨٢.

(٣) في (ط): «كتاب».

(٤) ٩/ ٢٦٦.

الفروع المنصوص، كوكيل ربها، وإن أراد سفراً لضرورة، أو لا ولم ينه عنه ولا خوف، وفي «المبهج» و«الموجز»: والغالبُ السلامة، زاد في «عيون المسائل» و«الانتصار»: كأب ووصي فله السفر بها، نص عليه، لا لمستأجر لحفظ شيء سَنَةً لملكه منافعه، وله [١]ما أنفق عليه[١] بنية الرجوع، قاله القاضي، ويتوجه كنظائره، وقيل: مع غيبة ربها أو وكيله إن كان أحرز، وإن استويا، فوجهان(م٣).

ويلزمه مؤنته، وفي مؤنة رد من بَعُدَ خلافٌ في «الانتصار»(م٤). وإن لم يسافر بها أو حضرته الوفاة، سلمها أحدهما* ثم حاكماً، وفي لزومه قبولها،

التصحيح **مسألة ـ ٣**: قوله: (وإن أرادَ سفراً. . . فله السفر بها، نص عليه. . وله ما أنفقَ بنية الرجوع. . . وقيل: مع غيبة ربها، أو وكيله إن كان أحرز، وإن استويا فوجهان). انتهى.
وأطلقهما في «التلخيص»، و«الرعايتين»، و«النظم»، و«شرح الحارثي»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا يحملها معه، فإن فعل، ضَمن، وهو ظاهر النص، وظاهر كلام كثير من الأصحاب، وهو الصواب، قال في «المبهج»: لا يسافر بها إلا إذا كان الغالب السلامة. انتهى. فظاهره أنه لا يسافر بها مع استواء الأمرين.

والوجه الثاني: له السفر بها.

مسألة ـ ٤: قوله: (ويلزمه مؤنته، وفي مؤنة ردِّ مَنْ بَعُدَ خلافٌ في «الانتصار») انتهى.

قلت: ظاهر كلام أكثر الأصحاب اللزوم؛ لأنهم لم يفرقوا بين القريب والبعيد، بل أطلقوا، وهو ظاهر ما قدمه المصنف.

الحاشية * **قوله: (وإن لم يسافر بها، أو حضرته الوفاةُ، سلمها أحدهما)**

يحتمل أن مراده: الزوجة والخادم.

(١-١) في (ر): «ما أنفقه».

الفروع

وقبول مغصوب ودين غَائب وجهان(م٥).

وقيل: أو لثقة، وذكره الحلواني رواية، كتعذر حاكم، في الأصحِّ، وفي «النوادر»: أطلق أحمد الإيداع عند غيره لخوفه عليها، وحمله القاضي على المقيم لا المسافر، وإن أودعها، بلا عذر، ضَمنها وقراره عليه، فإن علم الثاني، فعليه، وعنه: لا يضمن الثاني إن جهل، اختاره شيخنا، كمرتهن، في وجه. واختاره شيخنا، ويتوجه تخريج رواية من توكيل الوكيل: له الإيداع بلا عذر، فإن دفنها بمكان وأعلم ساكنه، فكإيداعه، وإلا ضمن، وإن تعدى فيها بانتفاعه أو أخذها لا لإصلاحها، كنفقة أو شهوة رؤيتها ثم ردها وفيهما وجه أو كسر ختمها أو حله وفي الثلاثة رواية أو جحدها ثم أقر، أو منعها بعد طلب طالبها شرعاً والتمكن ولو كان مستأجراً لها، وفي أجرة ما مضى خلاف في «الانتصار»، ضمن، وكذا إن خلطها بغير متميز، وإن تميز فلا، على الأصحِّ، وظاهر نقل البغوي: وإن لم يتميز، ولم يتأوله في «النوادر». وذكره الحلواني ظاهر كلام الخرقي، وجزم به في «المنثور» عن أحمد،

التصحيح

مسألة ـ ٥: قوله: (وفي لزومه) أي: الحاكم (قَبولها وقبولِ مغصوبٍ، ودين غائب وجهان) وكذا مال ضائع. انتهى. ذكر أربع مسائل يشبه بعضهن بعضاً حكمهن واحد، وأطلق الوجهين في «الرعاية الكبرى»:

أحدهما: يلزمه، وهو الصحيح. قال في «التلخيص»: الأصح اللزوم في قبول الوديعة والمغصوب والدَّيْن، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يلزمه. وهو ضعيف، اللهم إلا أن يكون هذا المال في يد ثقة قادر فإنه يضعف اللزوم الحاكم، والله أعلم.

الحاشية

....

الفروع

قال: لأنه خلطه بماله، وجزم به[١]، في «المبهج» في الوكيل، كوديعته، في أحد الوجهين(م٦)، وإن لم يدر أيهما ضاع، ضمن[٢]، نقله البغوي، وذكره جماعة. وإن أخذ درهماً ثم رده، ضمنه، في الأصحِّ، وعنه: وغيره*، وكذا

التصحيح

مسألة ـ ٦: قوله: (وكذا إن خلطها بغير متميز) يعني: أنه يضمن بتعديه بخلطها بغير متميز (وإن تميز فلا، على الأصحِّ، وظاهر نقل البغوي: وإن لم يتميز، ولم يتأوله في «النوادر»، وذكره الحلواني ظاهر كلام الخرقي، وجزم به في «المنثور» عن أحمد... وجزم به في «المبهج» في الوكيل، كوديعته في أحد الوجهين) انتهى. [٣]يعني: إذا دعى[٤] في الوديعة بالخلط. والظاهر: أنه أراد بقوله: كوديعته في أحد الوجهين[٣] إذا خلط وديعة شخص بوديعته الأخرى خلطاً لا يتميز هل يضمن أم لا؟ أطلق الوجهين.

قال في «الرعاية»: وإن خلط إحدى وديعتي زيد بالأخرى بلا إذنه وتعذر التمييز، احتمل وجهين. انتهى. وقال بعد ذلك: قلت: وإن أودعه كيسين فخلطهما بلا إذن، ضمن. انتهى.

وظاهر كلامه في «المغني»[٥]، و«الشرح»[٦] أنه يضمنهما، فإنهما قالا: إذا خلط الوديعة بما لا يتميز من ماله أو مال غيره، ضمنها. وقالا لما نصرا هذا القول: ولنا أنه خلطها بماله خَلْطاً لا يتميز، فوجب ضمانها. انتهى. قلت: وهو ظاهرُ كلام أكثر الأصحاب حيث قالوا: إذا خلطها بماله على وجه لا يتميز، ضمنها.

والوجه الثاني: لا يضمنها، وقد ذكر الأصحاب في تعليل ما إذا خلطها بماله على وجه لا يتميز: ولأنه إذا خلطها بما لا يتميز، فقد فوت على نفسه إمكان ردها، والله أعلم.

الحاشية

* **قوله: (وعنه: وغيره)**

أي: يضمن الدرهم وغيرَه من الدراهم التي أخذ الدرهم منها.

(١) ليست في الأصل.
(٢) ليست في (ر).
(٣ ـ ٣) ليست في (ط).
(٤) هكذا وردت في النسخ الخطية و(ط)، ولعل الصواب والأقرب: «عدى» فهو مناسب للمعنى.
(٥) ٩/ ٢٥٨.
(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٣٨.

الفروع

إن رد بدله متميزاً، وعنه: أو غيره، وكذا إن أذن في أخذه منها فردَّ بدله بلا إذنه، ومتى جدد له استئماناً أو أبرأه، برئ، في الأصحِّ، كرده إليه، أو: إن خنت ثم تركت، فأنت أميني، ذكره في «الانتصار»، وفيه وجه: يضمن بنية التعدي، كملتقط، في أحد الوجهين في «الترغيب»(م٧)، وإن خرق فوق المسدود، فأرش الكيس، وإن قال: استخدمه ففعل، صار عارية، وإن ادعى إذنَه في دفعها لفلان وأنه دفع، قُبل، في المنصوص، خلافاً للأئمة. ذكره صاحب «المحرر»، وقال: وافقوا إن أقرَّ بإذنه، وقيل: ذلك كوكالة بقضاء دين، ولا يلزم المدعى عليه[1] للمالك غير اليمين ما لم يقر بالقبض، وذكر الأزجي: إن ادعى[1] الرد إلى رسول موكل ومودع، فأنكر الموكل، ضمن لتعليق الدفع بثالث، ويحتمل: لا، وإن أقر، وقال: قصرت لترك

التصحيح

مسألة ـ ٧: قوله: (وفيه وجه: يضمن بنية التعدي، كملتقط، في أحد الوجهين في «الترغيب») انتهى. وكذا قال في «التلخيص»:

أحدهما: لا يضمن اللقطة بنية التعدي فيها، كما لا يضمن الوديعة بذلك، قال الحارثي: وهو اختيار المصنف، يعني صاحب «المقنع». قلت: وهو الصواب، قال الحارثي: وهو الصحيح. انتهى.

والوجه الثاني: يضمن، قال في «التلخيص»: وهو الأشبه بقول أصحابنا في التضمين بمجرد اعتقاد الكتمان، ويخالف المودع فإنه مسلط من جهة الملك. انتهى.

قال في «الرعاية الكبرى»: فإن نوى الملتقط اختزاله أو تملكه في الحال أو كتمه، ضمنه ولم يملكه، وإن عرفه بعد وفيه احتمال. انتهى.

الحاشية

....

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع الإشهاد، احتمل وجهين(☆)، واتفق الأصحاب لو وكله بقضاء دينه فقضاه في غيبته وترك الإشهاد، ضمن؛ لأن مبنى الدَّيْن على الضمان، ويحتمل: إن أمكنه الإشهاد، فتركه، ضمن، كذا قال، ولو قال: لم تودعني. ثم ثبتت[١]، لم يقبل دعوى رَدٍّ وتَلَف، فإن أقام بينةً بهما متقدماً جحوده، لم تسمع، في المنصوص، وبعده تُسمع برد، والأصح: وبتلف، ويقبل قوله فيهما في: مَالَك عندي شيء، ولو قال: لك وديعة، ثم ادعى ظن البقاء، ثم علم تلفها، ٢/٥٨ أو ادعى الرد إلى ربها، فأنكره ورثته، فوجهان(م٨، ٩) / ، ودعواه الرد إليهم

التصحيح (☆) **تنبيه**: قوله: (وإن أقر، وقيل: قصرت لترك الإشهاد، احتمل وجهين) انتهى. هذا من تتمة كلام الأزجي، وليس من الخلاف المطلق؛ لأنه قد قدم حكمها[٢]، والله أعلم.

مسألة ـ ٨ ـ ٩: (ولو قال: لك وديعة، ثم ادعى ظن البقاء، ثم علم تلفها، أو ادعى الرد إلى ربها، فأنكره ورثته، فوجهان) انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى ـ ٨: لو قال: لك وديعة، ثم ادعى ظن البقاء ثم علم تلفها، فهل يقبل قوله أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في «الرعاية الكبرى»، وهو ظاهر كلام ١٥٠ «الرعاية الصغرى» / :

أحدهما: يقبل قوله، اختاره القاضي. قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يقبل قوله، قدمه في «المغني»[٣] عند قول الخرقي: وإن قال: له عندي عشرة دراهم ثم قال: وديعة، وهو ظاهر ما جزم به ابن رزين، وقدمه الشارح، ذكره في باب ما إذا وصل بإقراره ما يغيره. قلت: ويحتمل الرجوع إلى حال المودع والرجوع إلى القرائن.

الحاشية ....

(١) بعدها في (ر): «ضمن».

(٢) في (ح) و(ط): «حكما».

(٣) ٧/ ٢٩٩.

الفروع

أو دعوى ورثته الرد إلى ربها تقبل ببينة.

ولو تلفت عند ورثته بعد إمكان ردها، فقيل بعدم الضمان، وقطع به في «المحرر»، إن جهلها ربها(م١٠) ويعمل بخط أبيه على كيس لفلان، في

التصحيح

المسألة الثانية ـ ٩: لو ادعى الرد إلى ربها، (١فأنكر الورثة١)، فهل يقبل قوله أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يقبل قوله. قلت: وهو الصواب، وقد قبلنا قوله في الرد في حياة صاحبها فكذا بعد موته.

والوجه الثاني: لا يقبل إلا ببينة، جزم به في «الرعاية الكبرى»، ويحتمل أيضاً الرجوع إلى حال المودع.

مسألة ـ ١٠: قوله: (ولو تلفت عند ورثته بعد إمكان ردِّها، فقيل بعدم الضمان، وقطع به في «المحرر»، إن جهلها ربُّها) انتهى. وأطلقهما في «الفائق»:

أحدهما: يضمن مطلقاً، وهو الصحيح، وصححه في «التصحيح»، و«النظم»، و«شرح الحارثي»[٢]. قال في القاعدة الثالثة والأربعين: والمشهور الضمان، وجزم به في «الهداية»، و«المذهب» و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«الهادي»، و«الوجيز» وغيرهم، وقدمه في «التلخيص»، وقال: ذكره أكثر أصحابنا، وقدمه في «الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير».

والوجه الثاني: لا يضمنها، قال الحارثي: لا أعلم أحداً ذكره إلا المصنف، يعني به الشيخ. قلت: قد أشار إليه في «التلخيص» وغيره، وأطلقهما في «المغني»[٣]، و«الشرح»[٤]، و«الرعاية الكبرى»، و«شرح ابن مُنجَّا»، وغيرهم.

الحاشية

....

(١ـ١) ليست في (ح).

(٢) في (ط): «الحاوي».

(٣) ٩/ ٢٧٠.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٦٠.

الفروع الأصحِّ، كخطه بدين له، فيحلف*(☆)، وفي عكسه[1] وجهان(م١١).

التصحيح وقيل: يضمنها إن لم يعلم بها صاحبُها، جزم به في «المحرر»، و«تذكرة ابن عبدوس»، قال في «الرعاية الصغرى»: وهو أولى.

(☆) **تنبيه**: ظهر من نقل ما تقدم في هذه المسألة أن في إطلاق المصنف الخلاف نظراً؛ لكون الأصحاب على الضمان مطلقاً، أو مع جهل ربها، والقول بعدم الضمان مطلقاً لا نعلم أحداً اختاره، ويقوي ذلك قول الحارثي المتقدم، فما حصل اختلاف في الترجيح بين الأصحاب في المسألة، والله أعلم.

مسألة ـ ١١: قوله: (ويعمل بخط أبيه على كيس لفلان، في الأصحِّ، كخطه بدين له، فيحلف، وفي عكسه وجهان) انتهى. يعني: إذا وجد خط أبيه بدَيْنٍ عليه، فهل يعمل بهذا الخط أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الرعاية»:

أحدهما: لا يعمل به ويكون تركة مقسومة، اختاره القاضي في «المجرد»، وجزم به في «الفصول»، و«المذهب»، وقدمه في «المغني»[2] و«الشرح»[3].

والوجه الثاني: يعمل به ويدفع إلى من هو مكتوب باسمه. قال القاضي أبوالحسين: المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه، وأومأ إليه وجزم به في «المستوعب». وهو الذي ذكره القاضي في «الخلاف» [٤]قاطعاً به ونصره[٤]، وقدمه في «التلخيص»، وصححه في «النظم»، وهو المذهب عند الحارثي، فإنه قال: والكتابة بالديون عليه، كالكتابة بالوديعة، كما قدمنا، حكاه غير واحد منهم السامري وصاحب «التلخيص». انتهى. قلت: وهو الصواب، والذي يظهر أنه أولى من خطه بدين له.

(☆) **تنبيه**: [٥]قوله: (كخطه بدين له، فيحلف[٥]) قال الشيخ في «المغني»[٦]،

الحاشية * **قوله: (ويعمل بخط أبيه على كيس لفلان، في الأصحِّ، كخطه بدَيْنٍ له، فيحلف)**

قال في «شرح المقنع»[٧] في باب أقسام المشهود به: يجوز أن يحلفَ على ما لا تجوز الشهادة به،

(١) في النسخ الخطية: «عليه»، والمثبت من (ط).

(٢) ٩/ ٢٧١. (٣) ١٦/ ٦٣.

(٤ ـ ٤) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٥ـ٥) ليست في (ص). (٦) ١٤/ ١٣١ـ١٣٢.

(٧) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣٠/ ٢٨.

الفروع

وأستاذ[١] الدار والكاتبُ ودفتره ونحوهما وكلاء كالأمير*[٢] في هذا، وإن استعمل كاتباً خائناً أو عاجزاً، أثِمَ بما أذهب من حقوق الناس؛ لتفريطه، ذكره شيخنا.

وإن طلب أحد المودعين نصيبه من مكيلٍ أو موزونٍ ينقسم وهو معنى

التصحيح

والشارح في أقسام المشهود به، وغيرهما: يجوز أن يحلف على ما لا يجوز الشهادة به، مثل أن يجد بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلاّ حقّاً، ولم يذكره، أو يجد في روزمانج[٣] أبيه بخطه ديناً له على إنسان ويعرف من أبيه الأمانة، وأنه لا يكتب إلاّ حقّاً، فله أن يحلف عليه، ولا يجوز أن يشهد به. انتهى.

فقيد بكونه لا يكتب إلاّ حقّاً، وأنه يعرف من أبيه الأمانة. ويتصور اليمين من الورثة في هذه المسألة فيما إذا ادعوا عليه، فأنكر ورَدَّ اليمين، فلهم أن يحلفوا ويستحقوا ما كتب به أبوهم، فيما يظهر، والله أعلم.

وكذا لو أقاموا شاهداً ويحلفون معه منه، أو أقر له بمجهول، أو قال: لا أعلم قدره، فلهم أن يحلفوا على قدر ما وجد مكتوباً من أبيهم، على قول.

الحاشية

مثل: أن يجد بخطه دَيْناً له على إنسان، وهو يعرفُ أنه لا يكتبُ إلا حقّاً، ولم يذكره، أو يجد في روزمانج أبيه بخطه ديناً له على إنسان، ويعرف من أبيه الأمانةَ، وأنه لا يكتب إلا حقّاً، فله أن يحلفَ عليه، ولا يجوز أن يشهد به، فقيَّدَ بكونه لا يكتب إلا حقّاً، وأنه يعرف من أبيه الأمانةَ.

* **قوله: (وأستاذُ الدارِ والكاتب ودفتره ونحوهما وكلاء كالأمير)**

أي: هولاء حكمُهم حكمُ أميرِهم؛ لأنهم وكلاؤه.

---

(١) في (ط): «إسناد». وأستاذ الدار: لقب من العصر المملوكي يعني: الأمير المسؤول عن رعاية بيوت السلطان وقبضِ أمواله وصرفها في الوجوه التي يراها، كأنه مدير القصر. «معجم المصطلحات والألقاب التاريخية»: ٢٧.

(٢) في (ر): «كالأمين».

(٣) في (ط): «روزباع»، وروزْنامج: معربة عن: روزنامه: سجل الأمراء والملوك. كتاب الأعمال. «المعجم الذهبي» للألتونجي ص٣٠٢ .

الفروع قول بعضهم: لا ينقص بتفرقة لزمه دفعه، وحرمه القاضي إلا بإذنه أو إذن حاكم، وفرض في «التبصرة» المسألة في عين يُمكن قسمتُها، ويلزم المستودع مطالبةُ غاصبها، وقيل: ليس له، ومثله مرتهنٌ ومستأجرٌ ومضاربٌ، وذكر الشيخ فيه مع حضور رب المال: لا يلزمه، ولو سلم وديعة كرهاً، لم يضمن، وإن صادره سلطان، لم يضمن، قاله أبوالخطاب، وضمنه أبوالوفاء إن فرط، وإن أخذها منه قهراً، لم يضمن عند أبي الخطاب، وعند أبي الوفاء: إن ظن أخذها منه بإقراره، كان دالاً، ويضمن. وفي «الخلاف»و «الانتصار»: يضمن المال بالدلالة، وهو المودع، وفي «فتاوى ابن الزاغوني»: من صادره سلطان ونادى بتهديد من له عنده وديعة فلم يحملها إن لم يعيِّنه (١أو عينه وتهدده ولم ينله بعذاب أثم وضمن، وإلا فلا، (م١٢، ١٣) ومن أخر ردَّها١) بعد طلبها بلا عذر، ضمن، ويُمهل لأكل ونوم

التصحيح **مسألة ـ ١٢ـ ١٣**: قوله: (وإن صادره السلطان، لم يضمن، قاله أبوالخطاب، وضَمَّنه أبوالوفاء إن فرط، وإن أخذها منه قهراً، لم يضمن عند أبي الخطاب، وعند أبي الوفاء: إن ظن أخذها منه بإقراره، كان دالاً ويضمن، وفي «الخلاف»و «الانتصار»: يضمن المال بالدلالة، وهو المودع، وفي «فتاوى ابن الزاغوني»: من صادره السلطان، ونادى بتهديد من له عنده وديعة فلم يحملها إن لم يعينه أو عينه وتهدده ولم ينله بعذاب، أثم وضمن، وإلا فلا) انتهى كلام المصنف. ذكر المصنف مسألتين:

مسألة ـ ١٢: ما إذا صادره السلطان.

مسألة ـ ١٣: ما إذا أخذها منه قهراً، فما قاله أبوالخطاب في الثانية قطع به في «التلخيص»و «الفائق». قال في «الرعاية الكبرى»: وإن أخذها منه قهراً، أو دفعها إليه مكرهاً، لم يضمن، وإن سأله عنها، ورَّى عنها، وإن ضاقَ النطق عنها، جحدها وتأول أو استثنى بقلبه، وكذا إن أحلف عليها، وقيل: له جحدها وكتمها. انتهى.

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في (ط).

الفروع

وهضم طعام ونحوه بقدره، وفي «الترغيب»: إن أخَّر لكونه في حمام أو على طعام إلى قضاء غرضه، ضمن، وإن لم يأثم على وجه، واختاره الأزجي، فقال: يجب الرد بحسب العادة، إلا أن يكون تأخيره لعذر سبباً للتلف، فلم أر

التصحيح

قال الحارثي: وإذا قيل: التواعد ليس إكراهاً، فتوعده السلطان حتى سلم، فجواب أبي الخطاب، وابن عقيل، وابن الزاغوني: وجوب الضمان ولا إثم، وفيه بحث، وإذا قيل: إنه إكراه، فنادى السلطان: إن من لم يحمل وديعة فلان عمل به كذا وكذا فحملها من غير مطالبة، أثِمَ وضمن، وبه أجاب أبوالخطاب وابن عقيل في «فتاويهما»، وإن آل الأمر إلى اليمين ولا بد، حلف متأوِّلاً، وقال القاضي في «المجرد»: له جحدها؛

فعلى المذهب: إن لم يحلف حتى أخذت منه، وجب الضمان؛ للتفريط، وإن حلف ولم يتأول، أثِمَ، وفي وجوب الكفارة روايتان، وحكاهما أبوالخطاب في «الفتاوى». قلت: الصواب وجوب الكفارة مع إمكان التأويل وقدرته عليه وعلمه بذلك ولم يفعله.

ثم وجدت المصنف قال في باب جامع الأيمان[1]: يكفر، على الأصحِّ، وإن أكره على اليمين بالطلاق، فأجاب أبوالخطاب: بأنها لا تنعقد، كما لو أكره على إيقاع الطلاق. قال الحارثي: وفيه بحث، وحاصله: إن كان الضررُ الحاصلُ بالتغريم كثيراً يوازي الضرر في صورة الإكراه، فهو إكراه لا يقع، وإلا وقع على المذهب. انتهى كلام الحارثي.

وقال المصنف في باب جامع الأيمان[2]: وعند ابن عقيل: لا يسقط ضمان بخوفه من وقوع طلاق، بل يضمن بدفعها افتداء عن يمينه، وفي «فتاوى ابن الزاغوني»: إن أبى اليمين بالطلاق أو غيره فصار ذريعة إلى أخذها، فكإقراره طائعاً، وهو تفريطٌ عند سلطان جائر. انتهى.

الحاشية ....

---

(١) ١١/٩.

(٢) ١١/١٠.

الفروع

نصّاً، ويقوى عندي: يضمن؛ لأن التأخير إنما جاز بشرط سلامة العاقبة، وإن أمره بالرد إلى وكيله فتمكن وأبى، ضمن، والأصح: ولو لم يطلبها وكيله، وإن منعه أو مطله بلا عذر ثم ادعى ردّاً أو تلفاً، لم يقبل إلا ببينة؛ لخروجه عن الأمانة به، ومن أخر دفع مال، أمر بدفعه، بلا عذر، ضمن، وقيل: لا، واختاره أبوالمعالي؛ بناء على اختصاص الوجوب بأمر الشرع، وإن قال: هذا وديعة اليوم لا غد وبعده يعود وديعةً، فقيل: لا وديعة، وقيل: بلى في اليوم، وقيل: وبعد غد[م١٤].

وإن أمره برده في غد وبعده[١]، تعين رَدُّه، ومن استأمنه أمير على ماله فخشي من حاشيته إن منعهم من عادتهم المتقدمة، لزمه فعل ما يمكنه، وهو أصلح للأمير من توليةِ غيره فيرتع معهم، لا سيما[٢] وللأخذ شبهة، ذكره شيخنا.

التصحيح

مسألة ـ ١٤: قوله: (وإن قال: هذا وديعة اليوم لا غد وبعده يعود وديعة، فقيل: لا وديعة، وقيل: بلى في اليوم، وقيل: وبعد غد) انتهى. قال القاضي في «التعليق»: هي وديعة على الدوام، نقله الحارثي.

قلت: وهي قريبة مما إذا شرط في الخيار يوماً له ويوماً لا، وقد أطلق المصنف فيها الخلاف، وتكلمنا عليها في باب الخيار في البيع[٣].

فهذه أربع عشرة مسألة في هذا الباب.

الحاشية

....

---

(١) بعدها في (ر) و(ط): «يعود».

(٢) ليست في الأصل.

(٣) ٦/٢١٦.

الفروع

باب الغصب

وهو استيلاء على حقِّ غيره قهراً[١] ظُلْماً، كأمِّ ولد وعَقار، وفيه رواية: لا بدخوله فقط، وقيل: يعْتبرُ في غصب ما ينقل نقله[٢]، وفي «الترغيب»: إلا في ركوبه دابة، وجلوسه على فراش، ويرد كلباً يقتنى لا قيمته. وفي «الإفصاح»: يضمنه، ويرد خمر ذمي مستورة، وعنه: وقيمتها، وقيل: ذميٌّ*. وقال: في «الانتصار»: لا يردها، وأنه يلزم إراقتها إن حُدَّ[٣]، وإلا لزم تركُه، وعليهما يُخَرَّج تَعزيرُ مُريقه، ويأتي في أحكام الذمة[٤].

قال في «عيون المسائل»: لا نسلم أنهم يُقَرُّون على شربه واقتنائه؛ لأنَّ في رواية: يجب الحدُّ عليهم بالشرب ولا يُقَرُّون، وإن سلمنا، فإنا لا نَعرض لهم، فأمّا أن نُقرَّهم فلا، ثم يبطل بالمجوس يُقَرُّون على نكاح المحارم المجوس، ولا يُقضى عليهم بمهر، ونفقة، وميراث، والمسلم يُقَرُّ عند أبي حنيفة ومالك على الخمر للتخليل، وجلود الميتة للدباغ، والزيت النجس للاستصباح، ثم لا يضمن من أتلفه، وقال هوو «الترغيب» وغيرهما: يرد

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (وقيل: ذميٌّ)

أي: وقيل: يغرم قيمتَها الذميُّ دون المسلم، إذا أتلفها، وظاهركلامه: تخصيص هذا القولِ بالذمي، دون غيره من الكافرين، وإن كانوا يعتقدون ماليتها، وفيه نظرٌ، والذي يقوى التسويةُ بين الكفار الذين يعتقدون ماليَّتَها.

وقوله قبل ذلك: (وعنه: وقيمتها) يعني: إن أتلفها.

(١) بعدها في (ط): «و».

(٢) في (ط): «مثله».

(٣) في (ط): «حدوا».

(٤) ١٠/٣١٩.

الفروع الخمر المحترمة، ويرد ما تخلل بيده لا ما أُرِيقَ فجمعه آخر فتخلل؛ لزوال يده هنا، وسبق في إزالة النجاسة[١]: أن الأشهرَ أن لنا خمراً محترمة، وفي رد صيده، أو أجرته، أو هما أوجه[م١، ٢].

ومثله فرس[م٣، ٤] ....

التصحيح **مسألة ـ ١ ـ ٢**: قوله: (وفي رد صيده، أو أجرته، أو هما أوجه) انتهى. شمل كلامه مسألتين:

المسألة الأولى ـ ١: إذا غصب جارحاً وصاد به، فهل يرد الصيد على المغصوب منه الجارح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الرعاية»:

أحدهما: يرده: فيكون لمالك الجارحة، وهو الصحيح. قال الحارثي: هذا المذهب. قال في «تجريد العناية»: فلربه في الأظهر، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣].

والوجه الثاني: الصيدُ للغاصب، وعليه الأجرةُ. قال الحارثي: وهو قويٌّ، وجزم به في «التلخيص»؛ فعلى الأول: هل يلزم الغاصبَ أيضاً أجرةُ مدة اصطياده أم لا؟ أطلق الخلاف، وهي:

المسألة الثانية ـ ٢: وأطلقه في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]، و«الرعاية»:

أحدهما: لا يلزمه، قدمه الحارثي، وقال: هو الصحيح. قال في «تجريد العناية»، ولا أجرة لربه مدة اصطياده في الأظهر.

والوجه الثاني: يلزمه. قلت: وهو قويٌّ، وهو قياس قول صاحب «التلخيص» في صيد العبد.

١٥١ **مسألة ـ ٣ ـ ٤**: (ومثله فرس). انتهى. أطلق الخلاف/ في صيد الفرس، هل هو لربها

الحاشية ....

(١) ١/ ٣٢٨.

(٢) ٧/ ٣٩٠ ـ ٣٩١.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٦٣ ـ ١٦٤.

الفروع

ويرد صيد عبد، وفي أجرته الوجهان(م٥).

قيل: وكذا أحبولةٌ، وجزم به غير واحد في كتب الخلاف، قالوا على قياس قوله: ربحُ الدراهم لمالكها، ويسقط عمل الغاصب.

التصحيح

أو للغاصب؟ وأطلقه في الرعاية:

أحدهما: هو لمالكها، وهو الصحيح. قال الحارثي: هذا المذهب. قال في «تجريد العناية»: فلربه في الأظهر، وجزم به في «الوجيز»، و«الرعاية»، وغيرهما. وقدمه في «المغني»[1] و «الشرح»[2].

والوجه الثاني: هو للغاصب، وعليه الأجرة، وهو احتمال في «المغني»[1]، و«الشرح»[2]. قال الحارثي: وهو قوي. انتهى، وقال الشيخ تقي الدين: ويتوجه فيما إذا غصب فرساً وكسب عليه مالاً أن يجعل[3] الكسب بين الغاصب ومالك[4] الدابة على قدر نفعهما؛ بأن تُقوَّمَ منفعةُ الراكب ومنفعةُ الفرس ثم يُقْسَمُ الصيد بينهما. انتهى.

قلت: ويحتمل أن يجعل لرب الفرس الثلثان وللغاصب الثلث؛ قياساً على الغنيمة، وقد يفرق بينهما، والله أعلم.

تنبيه: شمل قوله: «ومثله فرس» مسألتين: ما تقدم، وتكلمنا عليه.

المسألة الثانية ـ ٤: أجرته مدة اصطياده هل تلزم الغاصب أم لا؟ أطلق الخلافَ، وحكمُها حكمُ أجرة الجارح الذي صاد به على ما تقدم، خلافاً، ومذهباً، والله أعلم.

مسألة ـ ٥: قوله: (ويرد صيد عبد، وفي أجرته الوجهان) انتهى، يعني بهما الوجهين المتقدمين في الجارح والفرس، وقد علمت الصحيح من ذلك، فكذا يكون الصحيح هنا، لكن قال في «التلخيص»: ولا تدخل أجرَتُه تحته إذا قلنا بضمان المنافع. انتهى.

الحاشية

....

(١) ١٣/ ١٠٢.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٦٣ـ ١٦٤.

(٣) في (ط): «جعل».

(٤) في (ط): «ملاك».

الفروع وفي رد جلد ميتة، ولو دبغه غاصبه[1] وجهان، وقيل: ولو طهر(م٦، ٧).

التصحيح مسألة ـ ٦ ـ ٧: قوله: (وفي رد جلد ميتة ولو دبغه غاصبه، وجهان، وقيل: ولو طهر) انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى ـ ٦: إذا غصب جلد ميتة ولم يدبغه غاصبُه، فهل يجب رده، أم لا، إذا قلنا: لا يطهر؟ وهو محل الخلاف المطلق في كلام المصنف، وقد قال في «الرعاية الكبرى»: وإن غصب جلدَ ميتة فأوجه: الرد، وعدمه، والثالث: إن قلنا يطهر بدبغه، أو ينتفع به في يابس، رده، وإلاّ فلا، وإن أتلفه، فهدر، وإن دبغه وقلنا: يطهر، رده، [2]وقال في «الرعاية الصغرى»و «الحاوي الصغير»: وفي ردِّ جلد لميتة وجهان، وإن دُبغ فطهر، رَدَّه[2]. انتهى.

وأطلق الوجهين في رده مطلقاً إذا غصبه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[3]، و«الهادي»، و«الفائق»، وغيرهم، لكن قال في «المغني»[4] و«الشرح»[3]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الحاوي»[5]: والوجهان هنا مبنيان على طهارته بالدبغ وعدمه، فإن قلنا: يطهر، وجب ردُّه، وإن قلنا: لا يطهر، لم يجب ردُّه، وقطعوا بذلك، وقدم هذه الطريق في «الكافي»[6] فقال: وإن غصب جلد ميتة، ففي وجوب ردِّه وجهان، مبنيان على طهارته بالدباغ، إن قلنا: يطهر، وجب ردُّه، وإن قلنا: لا يطهر، لم يجب ردُّه، ويحتمل أن يجب إذا قلنا: بجواز الانتفاع به في اليابسات، ككلب الصيد. انتهى. وقدم هذه الطريقة أيضاً ابن رزين في «شرحه»، فتلخص لنا: أنا إذا قلنا: يطهر بالدبغ ودبغه، ردَّه على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وقطعوا به، وقدمه المصنف، وحكى تبعاً لصاحب «الرعاية» قولاً بعدم

الحاشية ....

(١) في (ط): «عصبه».

(٢ـ٢) ليست في (ط).

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٢١ـ١٢٢.

(٤) ٧/ ٤٢٧.

(٥) في (ط): «الحارثي».

(٦) ٣/ ٥٢٢.

الفروع

قيل لأحمد: في رواية علي بن زكريا التمار: الدابةُ إذا أصابها إنسانٌ ميتةً يأخذُ ذَنَبها؟ قال: إذا كانت قد تركَها صاحبُها. احتجَّ به في «الخلاف» على طهارة شعرها.

ولا تثبت يدٌ على بُضْع، فيصحُّ تزويجها، ولا يضمن نفعها[1] خلافاً لـ«عيون المسائل» في أمة حبسها كما يضمن بقية منافعها. وكذا في «الانتصار»، وفيه: لو خلا بها*، لزمه مهرٌ، واحتج بنكاح فاسد. ولا يضمن حرٌّ، وقيل: كبير بغصبه، في الأصحِّ، وفي ثيابه التي لم ينزعها عنه، وأجرته

التصحيح

الرد، وهو احتمال للشيخ على ما يأتي، وهو ظاهر الوجه الذي في «الهداية» وغيرها، وأنه إذا لم يدبغه هل يجب أم لا؟.

أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[2]، و«الهادي»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق» وغيرهم، وأن الصحيح من المذهب: لا يجب رده، بناء على ما بناه في «المغني»[3]، و«الشرح»[2]، و«شرح ابن مُنجّا»، والحارثي وغيرهم.

وقطعوا به، وقدمه في «الكافي»[4]، و«شرح ابن رزين»، فإنهم قالوا: إن لم يطهر، لم يجب رده، وكذا حكم ما قبل الدبغ إذا لم يطهر بالدبغ[5]، والصواب: أنا إن قلنا بجواز الانتفاع به في اليابسات، يجب ردُّه. انتهى.

الحاشية

* **قوله: (وفيه لو خلا بهما[6])**

يحتمل أن يكون مرادُه: الأمَةَ والحرةَ.

---

(١) في النسخ الخطية: «نفعه».

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٢٢-١٢٣.

(٣) ٧/ ٤٢٧.

(٤) ٣/ ٥٢٢.

(٥) ليست في (ط).

(٦) في الفروع: «بها».

الفروع مدة حبسه، وإيجار المستأجر له، وجهان(م٨، ١٠) ولو استخدمه كرهاً، لزمته أجرتُه[١] ولو منعه العمل ولو عبداً، فلا، ويتوجه: بلى فيهما.

وفي «الترغيب»: في منفعة حرٍّ وجهان، وفي «الانتصار»: لا تلزمه بإمساكه لعدم تلفها تحت يده، بخلاف العبد، وكذا في «عيون المسائل»: لا يضمنه إذا أمسكه؛ لأن الحُرَّ في يد نفسه، ومنافعه تلفت معه، كما لا يضمن نفسه وثوبه الذي عليه، بخلاف العبد، فإنَّ يدَ الغاصب ثابتةٌ عليه، ومنفعته بمنزلته، ويلزمه ردُّه (٢إن بَعَّده٢)، وردُّ مغصوبٍ بزيادته مطلقاً.

التصحيح **المسألة الثانية ـ ٧**: إذا دبغه غاصبه، وقلنا: لا يطهر، فهل يجب رده أم لا؟ أطلق الخلاف، والصحيح من المذهب: أنه لايجب رده إلا إذا قلنا: ينتفع به في اليابسات، على ما تقدم من التفصيل. وقد قال الحارثي: وإن كان الغاصب دبغه، ففي رده الوجهان المبينان أيضاً، وإن قيل بالطهارة، وجب ردُّه[٣]؛ لأنَّه مالٌ[٤]، فأشبه الخمر المتخللة، وذكر الشيخ احتمالاً بعدم الوجوب؛ لصيرورته مالاً بفعله، بخلاف الخمرة المتخللة، فإنه لا فعل له فيها، وفي هذا الفرقِ بحثٌ، فإن قيل بعدم الطهارة، لم يجب؛ لأنه لا ينتفع به، ولا قيمة له إلاّ أن يقال بالانتفاع به في اليابسات، فيجب وإن كان قبل الدبغ. انتهى.

مسألة ـ ٨ ـ ١٠: قوله: (ولا يضمن حرٌّ وقيل: كبير بغصبه، في الأصحِّ، وفي ثيابه التي لم ينزعها عنه، وأجرته مدة حبسه، وإيجار المستأجر له، وجهان) انتهى. في هذه الجملة مسائل:

المسألة الأولى ـ ٨: هل يضمن الثياب التي عليه أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في

الحاشية ....

---

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢ـ٢) ليست في (ر)، وفي الأصل: «إن تعد».

(٣) ليست في (ط).

(٤) في (ط): «قال».

الفروع وفي مسألة الساجة تخريج في «الانتصار»(وهـ) فإن قال ربه: دعه

التصحيح «المقنع»[١]، و«الشرح»[١]، و«شرح ابن مُنجّا»، و«الرعايتين»، و«النظم»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم، وكذا حكم الحلية التي[٢] عليه.

أحدهما: يضمنها، وهو الصحيح، صححه في «التصحيح»و «الفائق». قال الحارثي: وهو أصح. قلت: وهو الصواب.

الوجه الثاني: لا يضمنها، جزم به في «المغني»[٣]، و«الوجيز».

المسألة الثانية ـ ٩: هل يجب عليه أجرته مدة حبسه أم لا؟ أطلق الخلاف، وهما احتمالان مطلقان في «الهداية»، وأطلق الخلاف أيضاً في «المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[٣]، و«الكافي»[٤]، و«المقنع»[٥]، و«الهادي»، و«المحرر»، و«الشرح»[٥]، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»وغيرهم:

أحدهما: يلزمه، وهو الصحيح، صححه في «التصحيح»، وغيره، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه ابن رزين في «شرحه»، وغيره. قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يلزمه، صححه الناظم، قال الحارثي: وهو الأصح، وعليه دل نصه. انتهى.

المسألة الثالثة ـ ١٠: حكمُ إيجار المستأجر له حكم أجرته[٦] مدة حبسه، خلافاً ومذهباً. قلت: بل هنا أولى بلزوم الأجرة، والله أعلم. قال في «الرعاية الكبرى»: وإن صح غصبه، صحَّ أن يؤجره مستأجره، وإلاّ فله الفسخ. انتهى.

وقال في «التلخيص»: ليس لمستأجرِ الحرِّ، أن يؤجره من آخرَ إذا قلنا: لا تثبت يد

الحاشية ....

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٢٤.

(٢) في النسخ الخطية: «يجب»، والمثبت من (ط).

(٣) ٧/ ٤٢٩ـ ٤٣٠.

(٤) ٣/ ٥٢١.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٢٦ـ ١٢٧.

(٦) في (ط): «إجارته».

الفروع وأعطني أجرة رده إلى بلد غصبه لم يلزمه، فإن رقع به سفينة، لم تقلع في اللُّجة، وقيل: مع حيوان محترم أو مال الغير، جزم به في «عيون المسائل»، وإن خاط به جُرْح حيوان، محترم وخيف ضرر آدميٍّ، وقيل: تلفُه كغيره بقلعه، فالقيمة، فإن كان مأكولاً لغاصبه، فأوجه، الثالث: يذبح المعدُّ للأكل(م١١)، وإن مات، ردَّه.

وقيل: ولو آدمياً. قال ابن شهاب: الحيوانُ أكثرُ حرمةً من بقية المال،

التصحيح غيره عليه، وإنما هو يسلم نفسه، وإن قلنا: تثبت، صحَّ. انتهى.

مسألة ـ ١١: قوله: و(إن خاط به جُرح حيوان محترم وخيف ضرر آدميٍّ، وقيل: تلفه . . . فالقيمة، فإن كان مأكولاً لغاصبه، فأوجه، الثالث: يذبح المعد للأكل) انتهى. وأطلقها[1] الشارح:

أحدها[2]: يذبح ويلزمه، وهو الصحيح، اختاره القاضي وغيره، قاله الحارثي، وصححه في «التصحيح»، و«النظم»، وغيرهما، وجزم به في «الوجيز»، وغيره، وقدمه في «الفصول»، و«الكافي»[3] وغيرهما.

والوجه الثاني: لا يذبح ويرد قيمته، قدمه في «المستوعب»، و«التلخيص»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم، وأطلقهما في «المقنع»[4]، و«الهداية»، و«المذهب»[2]، و«شرح ابن مُنجًا».

والوجه الثالث: إن كان معدّاً للأكل، كبهيمة الأنعام والدجاج ونحوها، ذُبحَ، وإلاّ فلا، وهو احتمال للشيخ الموفق، قال الحارثي: وهو حسن.

الحاشية ....

---

(١) في (ط): «أطلقهما».

(٢) ليست في (ط).

(٣) ٣/ ٥١١ـ ٥١٢.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٥٤.

الفروع

ولهذا لا يجوز منع مائه منه، وله قتلُه دفعاً عن ماله، قيل: لا عن نفسه، وإن بنى في الأرض أو غرس، لزمه القلعُ*، وفي «الرعاية» قولٌ: والتسويةُ، والأرشُ، والأجرةُ، فإن كانت آلاتُ البناء عن المغصوب، فأجرتُها مَبنية، وإلاّ أجرتها، فلو أجرها، فالأجرة بقَدْر قيمتها.

نقل ابن منصور فيمن بنى فيها ويؤجرها: الغَلَّةُ على النصف، ونصه: الثمرةُ لرب الأرض، وعليه النفقة، واختار الشيخ: له، ونقل[1] ابن منصور: يكون شريكاً بزيادة بناء، ولا يملك أحدهما بقيمته، وفي البناء قولٌ، ولا غرض صحيح في نقضه، وذكر ابن عقيل روايةً فيه: لا يلزمه، ويعطيه قيمته، ونقله ابن الحكم، وروى الخلال فيه عن عائشة مرفوعاً: «له ما نقص»[2]. قال أبويعلى الصغير: هذا مَنَعَنا من القياس.

التصحيح

....

الحاشية

*** قوله: (إن بنى في الأرض أو غرس، لزمه القلعُ)**

ظاهر كلامهم: أنه لا فرقَ في الغاصب إذا غرس، أو بنى بين الشريك وغير الشريك، وإذا غرس أحدُ الشريكين في الأرض المشتركة بغير إذن شريكه، فلشريكه قلعُه، وصرَّح بذلك الحارثي في «شرح المقنع»، وأنه نص أحمد، قال جعفرُ بن محمد: سمعت أبا عبد الله يُسأل عن رجل غرس نخلاً في أرضٍ بينه وبين قوم مشاعاً، قال: إن كان بغير إذنهم، قُلِعَ نخله، ذكر ذلك في باب الشفعة عند كلام «المقنع»[3]: وإن قاسم وكيلُ الشفيع، أو قاسم الشفيع، ثم قال: وغرس أو بنى، فللشفيع أن يدفع قيمة الغراسِ والبناءِ ويملكه، أو يقلعه، ويضمن النقص، قال الحارثي: إنما هذا بعد القسمة والتمييز؛ ليكون التصرفُ في خالص ملكه، أمّا قبل القسمة، فلا يملكه،

---

(١) في (ط): «نقله».

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ. ولعله ما أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» ٦/ ٩١، وابن عدي في «الكامل» ٥/ ١٦٦٩، بلفظ: «من بنى في رباع قوم بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النقض».

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٤٦٣.

٢/٥٩ الفروع ونقل/ جعفر فيهما لرب الأرض أخذُه، وجزم به ابن رزين، وزاد: وتَرْكُه بأجرة، وإن وُهبا[١] له، وفي القَلْع غرضٌ صحيحٌ لم يُجبَر، وإلاّ فوجهان[م١٢] وإن زرع وحصده، فالأجرة*.

التصحيح **مسألة ـ ١٢**: قوله: (وإن وُهبا[١] له) يعني: لو وهب الغاصب لرب الأرض الغراس والبناء؛ ليدفع عن نفسه كلفة ذلك، (وفي القلع غرضٌ صحيح لم يُجبر، وإلاّ فوجهان). انتهى. يعني: وإن لم يكن فيه غرض صحيح، وهما احتمالان مطلقان في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]، و«شرح الحارثي». قال في «الرعاية الكبرى»: وإن وهبها لرب الأرض، لم يلزمه القبولُ إن أرادَ القلع، وإلاّ احتمل وجهين. انتهى:

أحدهما: لا يُجبر، وهو الصحيح، وقد قدم في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم في نظيرتها في الصداق عدم اللُّزوم، فكذا هنا، ويأتي/ ١٥٢ ذلك أيضاً هناك[٤].

الوجه الثاني: يجبر؛ إذ لا ضررَ له، واختاره القاضي في نظيرتها في الصداق على ما يأتي:

الحاشية وللشفيع إذا أخذ قلع الغراس مجّاناً للشركة، لا للشفعة، فإنَّ أحد الشريكين إذا انفرد بهذا التصرف، كان للآخر قلعُه مجّاناً، ثم ذكر روايةَ جعفر بن محمد المتقدمة.

* **قوله: (وإن زرعَ وحصده، فالأجرةُ)** إلى آخره.

قال الزركشيُّ في «شرح الخرقي»: إذا غصب أرضاً فزرعها؛ فإن أدركها، ربُّها والزرعُ قائمٌ، كان الزرعُ له، وعليه النفقةُ على ظاهر كلام أحمد في عامة نصوصه، والخرقي، والشيرازي، وابن أبي موسى فيما أظن، وقال القاضي وعامَّة أصحابه والشيخان: يخير مالكُ الأرض، بين تركه إلى الحصاد بالأُجرة وبين أخذه، وحكى أبو الخطاب احتمالاً، بأنَّ الزرعَ للغاصبِ؛ لأنه نماء ملكه، وعليه الأجرةُ، وقد ذكر المصنف هذا الاحتمال بقوله (وقيل: للغاصب بالأجرة).

---

(١) في (ط): «وهبها».
(٢) ٧/٣٦٦.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/١٤٦ ـ ١٤٧.
(٤) ٨/٣٠٢.

الفروع

ونقل حرب: كما لم يحصد، فيُخيَّرُ ربُّ الأرض بين أخذه بنفقته، وعنه: بقيمته زرعاً، فله أجرة أرضه إلى تسليمه، وذكر أبويعلى الصغير: لا، نقله إبراهيم ابن الحارث، ونقل مهنا: بأيهما شاء، ويزكيه إن أخذه قبل وجوبها، وإلاّ فوجهان(م١٣) ـ وبين تركه إلى حصاده بأجرته، وقيل: للغاصب بالأجرة، وقيل: له قلعُه إن ضمنه.

وقال شيخنا فيمن زرع بلا إذن شريكه، والعادةُ بأنَّ من زرع فيها له نصيبٌ معلوم ولربها نصيبٌ: قسم ما زرعه في نصيب شريكه، كذلك قال، ولو طلب أحدُهما من الآخر أن يزرع معه أو يهُايئه[1] فأبى، فللأول الزرعُ في قَدر حقِّه بلا أجرة*، كدار بينهما فيها بنيانٌ سكن أحدهما عند امتناعه مما يلزمه، واختار ابنُ عقيل وغيره: أنه لرب[2] الأرض كالحمل لرب الأم،

التصحيح

مسألة ـ ١٣: قوله: (ويزكيه إن أخذه قبل وجوبها[3]، وإلا فوجهان). انتهى. يعني: وإن أخذه بعد وجوبها، وأطلقهما في «القواعد الفقهية»:

أحدهما: يزكيه الغاصب. قلت: وهذا الصحيح، وقواعد المذهب تقتضيه؛ لأنه ملكه إلى حين أَخْذِ ربِّ الأرض، على الصحيح من المذهب.

والوجه الثاني: يزكيه آخذه، وهو مقتضى النصوص[4]، واختيار الخرقي، وأبي بكر، وابن أبي موسى، والحارثي، وغيرهم؛ لأنهم اختاروا أن الزرع من أصله لرب الأرض، ولكنَّ المذهبَ الأولُ.

الحاشية

* **قوله: (قال: ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرعَ معه أو يُهَايِئَهُ فأبى، فللأول الزرعُ في قدر حقِّه، بلا أجرة).**

الذي نقله المصنف هنا عن أبي العباس، نقله عنه أيضاً في «الاختيارات»، ثم قال: واعتبر

---

(١) في (ط): «بهائمه». (٢) في (ط): «رب».

(٣) في النسخ الخطية: «وجوبه»، والمثبت من «الفروع».

(٤) في النسخ الخطية: «المنصوص»، والمثبت من (ط).

الفروع لكنَّ المنيَّ لا قيمة له، بخلاف البذر[١]، ذكره شيخنا، وهل الرطبة ونحوها، كزرع أو غرس؟ فيه احتمالان[م١٤].

وإن حفر بئراً، فله طَمُّها لغرض صحيح، وقيل: لا، وإن أبرأه[٢] ربُّها، وقال الشيخ وغيره: أو منعه فوجهان[م١٥] وإن زال اسمه، كنَسْج غَزْل،

التصحيح **مسألة ـ ١٤**: قوله: (وهل الرطبة ونحوها، كزرع أو غرس؟ فيه احتمالان). انتهى، وأطلقهما في «المغني»[٣]، و«الفائق»، و«القواعد الفقهية»، و«الزركشي» وغيره.

أحدهما: هو كالزرع، قدمه ابن رزين، وقال: لأنه زرعٌ ليس له فرعٌ قويٌّ، فأشبه الحنطةَ، قال الزركشي: ويدخل في عموم كلام الخرقي. قلت: وكلام غيره.

والوجه الثاني: هو كالغراس، اختاره الناظم فقال:

* وكالغرس في الأقوى المكرر جزُّه*

مسألة ـ ١٥: قوله: (وإن حفر بئراً، فله طَمُّها لغرض صحيح، وقيل: لا، وإن أبرأه ربها، وقال الشيخ وغيره: أو منعه فوجهان). انتهى. وأطلقهما في «المغني»[٤] و«المقنع»[٥] و «المحرر»، و«الشرح»[٥]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الحارثي»، وغيرهم:

أحدهما: لا يملك طَمَّها، وهو الصحيح، نصره في «المغني»[٤]، و«الشرح»[٥]، وصححه في «التصحيح»، واختاره أبوالخطاب وغيره، وقدمه ابن رزين في «شرحه»، وغيره.

الحاشية أبوالعباس في موضعٍ آخرَ إذنَ ولي الأمر.

---

(١) في الأصل: «النذر».

(٢) في (ط): «أبرأ».

(٣) ٧/ ٣٧٩.

(٤) ٧/ ٣٦٨.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٧١ ـ ١٧٢.

الفروع

وطحن حبٍّ، ونجر خشبة، وضرب مطبوع، وطين لَبِناً[١]، وذكر جماعة: أو قصره أو ذبحه وشواه[٢] ردَّه ونقصه، ولا شيء له، وأخذ القاضي عدمَ ملكه من ذبح السارق له ثم أخرجه، وعنه: يملكه بعوضه قبل تغييره، اختاره أبوبكر.

نقل ابن الحكم في جعله حديداً سيوفاً: يُقوَّمُ، فيعطيه الثمن على القيمة؛ حديث النبي ﷺ في الزرع: «أعطوه ثمن بذره»[٣]. وعنه: يُخيَّر المالكُ بينهما، وعنه: يصير شريكاً بزيادته، ذكرفي «المذهب»، و«المستوعب»: أنه ظاهرُ المذهب، وإن غصب حَبّاً، فزرعه، أو بيضاً، فجعله تحت دجاجة ففرخ، أو نَوًى فغرسه، وفي «الانتصار»: أو غصناً فصار شجرة ردَّه ونقصه، ويتخرَّجُ فيه كما قبله.

التصحيح

والوجه الثاني: يملكه، اختاره القاضي. قال في «المستوعب»، وتبعه في «التلخيص»: وإن غصب داراً و[٤]حفر فيها بئراً فأراد الغاصبُ طمها، لم يكن له ذلك. وقال القاضي: له ذلك من غير رِضَا المالك. وقال في «الهداية»: ليس له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها. انتهى كلامه في «المستوعب»، و«التلخيص»، وأطلقهما في «المذهب»، وقال في «التلخيص»: أصلُ الاختلاف بين القاضي وأبي الخطاب هل الرضا الطارئ كالمقارن للحفر أم لا؟ والصحيح أنه كالمقارن. انتهى. وقطع به في «الفصول». وقال في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»: فله طمُّها مطلقاً، وإن سخط ربها [٥]فأوجه، المنع[٥]، والإثبات، والثالث: إن أبرأه من ضمان ما يتلف بها[٦]

الحاشية

....

---

(١) في (ط): «البناء».

(٢) في الأصل: «سواه».

(٣) أخرجه أبو داود (٣٤٠٢)، والترمذي (١٣٦٦)، وابن ماجه (٢٤٦٦)، من حديث رافع ابن خديج ولكن بلفظ: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء، وله نفقته».

(٤) في (ط): «أو».

(٥ ـ ٥) في (ط): «فالوجه».

(٦) ليست في (ط).

الفروع

فصل

ويلزمه ضمانُ نقصه، ولو بنبات لحية أمردَ، أو قطع ذَنَب حمار، وعنه: يضمن رقيقا أو بعضه بمقدَّر، ولو [(١)]شعراً من حُرٍّ[(١)] بمقَدَّر من قيمته، كجنايته عليه، وفيها رواية: بما نقص، اختارها الخلال، وصاحب «المغني»[(٢)]، و«الترغيب»، وشيخنا، وأبومحمد الجوزي، والمذهب يضمنه مطلقاً بقيمته ما بلغت. ونقل حنبل: لا يبلغُ بها دِيةَ حُرٍّ، وقيل: بأكثرهما، كغصبه وجنايته عليه على الأصحِّ، وعنه في[(٣)] عين خيل وبغل وحمار: ربعَ قيمتها، نصره القاضي وأصحابُه، وخص في «الروضة» هذه الرواية بعين الفرس، وأن عين غيرِها بما نقص، وأحمد قاله في عين الدابة، وكذا قاله عمر[(٤)]، وإن لم يستقر نقصه، كبُرٍّ ابتلَّ وعَفِن، فقيل: يلزمه[(٥)] أرشُه، وقيل: بدله، وخيَّره في «الترغيب»: وخيره في «الهداية» بين بدله أو يصبر؛ ليستقر، فيأخذه وأرشَه[(م١٦)].

التصحيح وصح في وجه، فلا. وزاد في «الكبرى» رابعاً وهو: إن كان غرضُه فيه صحيحاً لدفع ضرر، وخطر ونحوهما، فله ذلك، وإلاّ فلا، وخامساً: وهو إن ترك ترابها في أرض غير ربها فلا، وقيل: بلى، لغرض صحيح. انتهى.

مسألة ـ ١٦: قوله: (وإن لم يستقر نقصه كبُرٍّ ابتُلَّ وعَفِنَ، فقيل: . . . . أرشُه، وقيل: بدلُه، وخيره في «الترغيب»، وخيَّره في «الهداية» بين بدله، أو يصبر؛ ليستقر فيأخذه وأرشه). انتهى.

الحاشية ....

(١ ـ ١) في (ر): «سعيراً من خز».

(٢) ٧/ ٣٧٠.

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٨٤١٨) وابن أبي شيبة في «مصنفه» ٩/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦ عن شريح أن عمر كتب إليه: في عين الدابة ربع ثمنها.

(٥) ليست في الأصل و(ط).

الفروع

ولا يضمن نقص سعر، كسمين هزل فزادت قيمَتُه، وعنه: بلى، اختاره ابنُ أبي موسى كعبد خصاه فزادت قيمَتُه، وقيل: مع تلَفِه، ولا مرضاً عاد ببرء، ونصه: يضمن، كزيادة في يده على الأصحِّ، فإن عاد مثلها من جنسها، كسِمَن مرتين أو صنعة أخرى، وقيل: أو جنسين، كسمن وتَعَلُّم، فوجهان(م١٧، ١٨)، ويضمن جنايةَ المغصوب وإتلافه مال ربه، ولرب الجناية

التصحيح

أحدهما: له أرش ما نقص من غير تخيير، اختاره الشيخ في «المغني»[١]، وقدمه في «الشرح»[٢].

والوجه الثاني: له بدلهُ كما في الهالك، قال الحارثي: وهو قولُ القاضي وأصحابه، الشريف أبي جعفر، وابنِ عقيل، والقاضي يعقوب بن إبراهيم، والشيرازي، وأبي الخطاب في «رؤوس المسائل»، والشريفِ الزيدي، واختاره ابن بكروس. انتهى.

قال في «التلخيص»: قال القاضي في «التعليق الكبير»: لصاحبها أن يُضَمِّنَهُ النقصان إن كان قد استقر، وإن لم يستقر وخيف الزيادة في الباقي فله بدله، كما لو استهلكه، وكذا قال غيره من الأصحاب.

والوجه الثالث: يخير بينهما، قاله في «الترغيب».

والوجه الرابع: يُخَيَّرُ بين أخذ مثله، وبين تركه حتى يستقر فساده، فيأخذه وأرش نقصه، جزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[٣]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، و«الوجيز»[٤]، و«الفائق»، وغيرهم، وقدمه في «الرعاية الكبرى»، و«النظم»، قال الشيخ الموفق: قولُ أبي الخطاب في «الهداية»: لا بأسَ به. انتهى. قلت: وهو أعدلُ الأقوال وأصحُّها.

مسألة ـ ١٧ـ ١٨: قوله: (فإن عاد مثلها من جنسها، كسمن مرتين أو صنعة

الحاشية

....

(١) ٧/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٩٥ ـ ١٩٦.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٩٥.

(٤) ليست في (ط).

الفروع مطلقاً القَوَدُ، وقيل: لا يضمن، جنايتُه على سيده؛ لتعلقها برقبته، وإن خلطه [١]بما لا[١] يتميز كزيت ونقد بمثلهما لزمه مثلُه منه(☆).

التصحيح أخرى. فوجهان). انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى ـ ١٧: إذا عاد مثل الزيادة التي ذهبت من جنسها، مثلَ إن كانت قِيمَتُه مئةً، فزادت إلى ألف لسمن ونحوه، ثم هزل، فعادت إليه مئة، ثم سمن فزادت إلى ألف، فهل يضمن الزيادةَ الأولى أم لا؟ أطلق الخلافَ فيه، وهما احتمالان للقاضي في «المجرد»، وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[٢]، و«التلخيص»، و«الشرح»[٣]، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم.

أحدهما: لا يضمنها، وهو الصحيح. قال الحارثي: هذا المذهب، لنصه[٤] في الخلخال يكسر؟ قال: يصلحه أحبُّ إليَّ، وهو أحد صور المسألة، قال الشيخ الموفق والشارح: هذا أقيس، وجزم به في الوجيز، وغيره، وصححه في «التصحيح» وغيره.

والوجه الثاني: يضمنها، قال في «الرعايتين»، و«الفائق»: ضَمِنَها في أصح الوجهين، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

المسألة الثانية ـ ١٨: لو تَعَلَّم صنعةً غيرَ الصنعة التي نسيها عند الغاصب، فهل يضمنها أم لا؟ أطلق الخلافَ، والحكمُ كالمسألة التي قبلها خلافاً ومذهباً. قلت: ويتوجه الضمان هنا، وإن لم يضمنه في التي قبلها.

(☆) **تنبيه**: قوله: (وإن خلطه بما لا يتميز كزيت ونقد بمثلهما لزمه مثله منه). انتهى. أخل[٥] المصنف بقول[٦] كثير في المسألة، وهو أنه يلزمه مثلُهُ من حيث شاء، واختاره

الحاشية ....

(١ـ١) في (ط): «وإلا».

(٢) ٧/ ٣٨٢.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ١٩١.

(٤) في (ط): «كنصه».

(٥) في (ط): «أصل».

(٦) في (ط): «بقوله».

الفروع

وفي «الوسيلة»: و«الموجز»: قُسم ثمنهما بقدر قيمتهما، وإن خلطه بخير منه أو بدونه أو غيرِ جنسه، فشريكان بقدر حقهما، كاختلاطهما من غير غصب. نص عليه، وقال القاضي: ما تعذر تمييزه كتالف، ونص في رواية أبي الحارث في زيت بزيت على الشركة، فلو اختلطَ درهمٌ باثنين لآخر، فتلف اثنان فما بقي بينهما على ثلاثة أو نصفان، يتوجه وجهان(م١٩)، وإن صبغ ثوباً، فشريكان بقَدْرِ قيمتهما، وزيادةُ قيمة أحدهما لمالكه، والنقصُ

التصحيح

القاضي في «المجرد»، وقال: هذا قياسُ المذهب وقول المصنف[1]: (وفي «الوسيلة»، و«الموجز»: يُقْسَمُ بينهما بقدر قيمتهما). انتهى.

قال الحارثي: وفيه وجه ثالث، وهو الشركة، كما في الأول، لكن يباع ويقسم الثمن على الحصة، كذا أطلق القاضي يعقوب في «تعليقه»، وأبوالخطاب، وابن بكروس، وغيرهم في «رؤوس مسائلهم»، حتى قالوا به[2] في الدنانير والدراهم، وقاله ابن عقيل في «التذكرة»، وأظنه قول القاضي في «التعليق الكبير»، قال الحارثي: وأمّا إجراءُ هذا الوجه في الدنانير والدراهم فَواهٍ جدّاً؛ لأنها قِيَمُ الأشياء، وقسمتُها ممكنةٌ، فأيُّ فائدة في البيع؟ وردَّه بِرَدٍّ حَسَن.

مسألة ـ ١٩: قوله: (فلو اختلط درهمٌ باثنين لآخر فتلف اثنان، فما بقي بينهما على ثلاثة أو نصفان، يتوجه وجهان). انتهى. هذان الوجهان وجههما المصنف من عنده، والأول قول أبي حنيفة، والثاني قولُ ابن شبرمة، حكاه ابن عقيل في «فنونه».

قلت: الصواب منهما أن يكونَ الباقي بينهما نصفين؛ لأنَّه يحتمل أن يكون التالفُ لصاحب الدرهمين، فيختص صاحب الدرهم به، ويحتمل أن يكون التالف لهذا درهمٌ، ولهذا درهمٌ، فيختص صاحب الدرهمين بالباقي، فتساويا، فكان بينهما نصفان، لا يحتمل غيرَ ذلك.

الحاشية ....

---

(١) بعدها في (ط): «وقال المصنف».

(٢) في النسخ الخطية: «إنه»، والمثبت من (ط).

الفروع على الغاصب[١]، ويمنع طالب قلع الصبغ منهما، وقيل: لا، مع ضمانه النقص، وعنه: لا يضمنه ربُّ الثوب، كبناء، ويلزمُه قبولُ الصبغ هبة، كنسج غزل، وقيل: لا، كمسامير سمَّر بها باباً في الأصحِّ، ويضمن مكيلا و[٢] موزوناً تلف أو أتلفه بمثله*، وعنه: بقيمته، ذكره القاضي، وذكر أيضاً القيمةَ في نُقرةٍ وسبيكة وعنَب ورُطَب، كما فيه صناعةٌ مباحةٌ لا محرمةٌ، فإن تعذر، فبقيمة مثله يوم تعذر، وعنه: يوم غصبه، وقيل: أكثرهما إليه، وعنه: يوم تلفه، وعنه: يوم قبض بدله، وقيل: أكثرهما، وعنه: يوم المحاكمة، وإن غرمها، ثم قدر على المثلِ، لم يرد القيمة في الأصحِّ، ويضمن غيره بقيمته يوم تلفه، نقله الجماعة، وعنه: يوم غصبه، [٣]وعنه: أكثرهما[٣] وعنه:

التصحيح قلت: ويحتمل القرعة، وهو أولى من الوجهين؛ لأنَّا متحققون أن الدرهم لواحد

الحاشية * قوله: (ويضمن مكيلاً وموزوناً وما تلف أو أتلفه بمثله) إلى آخره.

قال في «المغني»[٤]: فصلٌ وقد ذكرنا أنَّ ما تتماثل أجزاؤه وتتقارب، كالأثمان والحبوب والأدهان يُضمن بمثله، وهذا لا خلافَ فيه، فأمّا سائرُ المكيل والموزون فظاهر كلام أحمد: أنه يضمنه بمثلِهِ أيضاً، فإنه قال في رواية حرب: ما كانَ من الدراهم والدنانير، وما يُكالُ وما يُوزَنُ، فعليه مثلُه، فظاهرُه وجوبُ المثل في كل مكيلٍ وموزونٍ إلاّ أن يكونَ مما فيه صناعةٌ مباحةٌ، كمعمول الحديد، والنحاس، والرصاص، والصوف والشعر المغزول، فإنه يضمن بقيمته؛ لأن الصناعةَ تؤثر في قيمته، وهي مختلفةٌ، والقيمةُ فيه أحصرُ، فأشبه غيرَ المكيل، والموزون، وذكر القاضي أن النُّقرة والسبيكةَ من الأثمان، والعنب والرطبَ والكمثرى، إنما يضمن بقيمته، وظاهر كلام أحمدَ يدل على ما قلنا، وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا، ويحتملُ أن يضمن النُّقرة بقيمتها؛ لتعذر وجود مثلها إلاّ تبكير النقود المضروبة وسبكها، وفيه إتلافٌ.

---

(١) في (ط): «الناصب».
(٢) في (ط): «أو».
(٣ ـ ٣) ليست في (ر).
(٤) ٧/ ٣٦٢ ـ ٣٦٣.

الفروع

في مغصوب بمثله وقاله ابن أبي موسى، ذكره جماعة، واختاره شيخنا، واحتج بعموم قوله: ﴿فَـَٔاتُوا۟ ٱلَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَٰجُهُم مِّثْلَ مَآ أَنفَقُوا۟﴾ [الممتحنة: ١١]، وعنه: مَعَ قيمته، وعنه: غيرُ حيوان بمثله، ذكره جماعة، (١)وعنه: لا يبلغ بقيمة رقيق يومَ أتلفه دِيَةَ حُرٍّ(١)، وفي «الواضح»، و«الموجز»: فينقص عنه عشرةُ دراهم.

وفي «الانتصار» و «المفردات»: لو حكم حاكم بغير المثل في المثلي، وبغير القيمة في المقوم، لم ينفذ حكمه، ولم يلزمه قبولُه، ونقل ابن منصور فيمن كسر خلخالاً: يصلحه، ويعتبر القيمة ببلد غصبه، وعنه: تلفُه من غالبه*، وجزم به في «الكافي»(٢)؛ لأنَّه موضع الضمان، وإن نسج غزلا أو عجن دقيقاً، فقيل: مثله، وقيل: أو القيمة(م٢٠)، ويقبل قولُ غاصبِه في تَلَفِه في الأصحِّ، فيطالبه مالكُه ببدله، وقيل: لا؛ لأنَّه لا يدَّعيه، ولا قصاص في

التصحيح

منهما لا يشركُه فيه غيرُه، وقد اشتبه علينا فأخرجناه بالقرعة، كما في نظائره، وهو كثير، ولم أرَهُ لأحد من الأصحاب، فمنَّ اللهُ به، فله الحمد. والظاهرُ: أن أبا حنيفةَ وابن شبرمةَ لم يقولا بالقرعة، فلم يُعرِّجا عليها.

مسألة ـ ٢٠: قوله: (وإن نسج غزلاً أو عجن دقيقاً، فقيل: مثله، وقيل: أو القيمة) انتهى القولُ الأول جزم به في «الفائق»، وقدمه في «الرعاية»، قال الحارثي: قال أبوبكر: هو للغاصب، وعليه عِوَضُه قبل تغييره، والقول الثاني قال في «التلخيص»: هو أولى عندي. انتهى. ويحتملُه قولُ أبي بكر المتقدم، بل هو ظاهره.

الحاشية

*** قوله (من غالبه)**

مراده والله أعلم: من غالب نقد البلد، وكلام «الرعاية» يدل عليه.

(١ ـ ١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).
(٢) ٣/ ٥١٣.

الفروع المال، مثل شَقِّ ثوبه، ونقل إسماعيلُ وموسى: يخيَّر، اختاره شيخنا، ولو غصب جماعةٌ مُشاعاً فردَّ واحدٌ سهمَ واحد إليه، لم يَجُزْ له حتى يُعطِي شركاءه، نص عليه، وكذا إن صالحوه عنه بمال، نقله حرب، ويتوجه أنه بيعُ المُشاع، ولو زكاه ربُّه، رجع بها.

وظاهرُ كلام أبي المعالي: لا، وهو أظهر، واختاره صاحب «الرعاية»: كمنفعة، وإن أبق مغصوب، فلربه أخذُ قيمته، للحيلولة، كمُدَبَّر، لا لفواته، فلو رجع، لزمه ردّه بزيادته وأخذ القيمة، لا زيادة منفصلة، وفي «عيون المسائل» وغيرها: أنه إذا أخذ القيمة لايملكها، وإنما حصل بها الانتفاع في مقابلة ما فوَّته الغاصب، فما اجتمعَ البدل والمبدل، كقيمة المدبر عندهم، وكأخذ بدل ضوء عينيه ممن أذهبه، فإنه يتصرف فيه ثم عاد الضوءُ رجع عليه، وعلمنا أنه لايملكه، وكما يضمن شهود طلاق وعتق رجعوا للتفويت، وفي حبسه ليرد القيمة عليه، وجهان[م٢١] وإن تخمر عصير، فقيل: قيمته، وقيل: مثله[م٢٢]، وإن تخلل، ردَّه ونقص قيمة[(١)] العصير/. ٢/ ٦٠

التصحيح **مسألة ـ ٢١**: قوله: (وفي حبسه ليرد القيمة عليه وجهان). انتهى. وأطلقهما في «الرعاية»، قال في «التلخيص»: وهل للغاصب حبسُ العين لاستردادِ القيمة؟ يحتمل وجهين، قال: وكذلك إذا اشترى شراءً فاسداً هل يَحْبِسُ المشتري المبيعَ[(٢)] على/ رد الثمن؟ والصحيح: أنه لا يحبسُ، بل يدفعها إلى عدل ليسلم إلى كل واحد ماله. انتهى. قلت: وهو الصواب، وفي المسألة الثانية أولى. ١٥٣

مسألة ـ ٢٢: قوله: (وإن تخمر عصير، فقيل: قيمته، وقيل: مثله). انتهى.

أحدهما: عليه قِيمَتُه، جزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»،

الحاشية ....

---

(١) بعدها في (ر): «العين».

(٢) في (ط): «البيع».

الفروع

وفي «عيون المسائل»: لا يلزمه قيمةَ العصير؛ لأن الخلَّ عينُه، كحَمْل صار كبشاً، وإن غلاه، غَرِمَ أرشَ نقصه، وكذا نقصه، ويحتمل: لا؛ لأنه ماءٌ، وإن أولد الأمةَ فسقط ميتاً، لم يضمنه، وقيل: بلى، قيل: بقيمته لو كان حيّاً، وقيل: بعُشْرِ قيمة أمِّه(م٢٣)، وما تصح إجارته يلزمُه أجرةُ مثله، نص عليه في قضايا، وفيها انتفاع*، ونقل ابن الحكم: لا، مطلقاً*، وظاهر

التصحيح

و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[1]، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم. قال الحارثي: وليس بالجيد. انتهى. قلت: وهو بعيدٌ جدّاً؛ لأن له مثلا، وقد بقي في حكم التالف.

والوجه الثاني: يلزمه مثله، وهو الصحيح من المذهب، جزم به في «المغني»[2]، و«الشرح»[1]، و«شرح ابن مُنجّا»، و«التلخيص»، و«الرعاية الكبرى»، و«الوجيز»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم، وهو في بعض نسخ «المقنع»، وقدمه الحارثي في «شرحه»، وصاحب «الفائق». قلت: وفي إطلاق المصنف الخلافَ نظرٌ ظاهرٌ، بل [3]الصواب تقديم أخذ[3] المثل، والله أعلم.

مسألة ـ ٢٣: قوله: (وإن أولدَ الأمةَ فسقط ميتاً، لم يضمنه، وقيل: بلى، قيل: بقيمته لو كان حيّاً، وقيل: بعشر قيمة أمه). انتهى. يعني: على القول بالضمان هل يضمنه بقيمته لو كان حيّاً، أو بعشر قيمة أمه؟ أطلق الخلافَ، وأطلقه الحارثي في «شرحه»،

الحاشية

*** قوله: (نص عليه في قضايا، وفيها انتفاع)**

أي: القضايا التي نص عليه فيها، أن الغاصبَ انتفع بالمغصوب.

*** قوله (مطلقاً)**

أي: سواء انتفعَ به مثل: إن ركب الدابة وسكن الدار، أو لم ينتفع مثل: إن تركَ الدابة من غير ركوب والدار بلا سكنى.

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦.

(٢) ٧/ ٤٠١ ـ ٤٠٢.

(٣ـ٣) في (ط): «هو الصواب تقديم آخر».

الفروع «المبهج»: التفرقة، واختاره* بعضهم، وجعله شيخُنا ظاهرَ ما نُقل عنه. نقل[١] ابن منصور: إن زرع بلا إذن، عليه أجرةُ الأرض بقَدْر ما استعملها إلى ردِّه، أو إتلافه، أوردِّ قيمته، وقيل: وبعدها مع بقائه، وظاهرُ كلامهم: يضمن رائحةَ مسكٍ، ونحوه، خلافاً لـ«الانتصار» لا نقداً لتجارة.

فصل

ومن أخذه من غاصبه، ولم يعلم، ضمنه، كغاصبه، ويرجع عليه بما لم[١] يلتزم ضمانه، فيرجع مودعٌ ونحوه* بقيمته ومنفعته، وكذا مرتهن، ومتَّهبٌ في الأصحِّ، ومستأجر بقيمته، وعكسه مشتر ومستعير، ويأخذ مستأجر ومشتر[٢] من غاصب ما دفعا إليه، ويأخذ مشتر نفقته وعمله* من

التصحيح وصاحب «القواعد الأصولية».

القول الأول: اختاره القاضي أبوالحسين.

والقول الثاني: اختاره الشيخ الموفق، وهو الصواب، ويَحتملُ الضمان بأكثر الأمرين، قال الحارثي: وهو أقيسُ.

الحاشية * قوله: (واختاره)

أي: ظاهرُ «المبهج»، وهو التفرقةُ بين صورة الانتفاع، وبين صورة عدم الانتفاع، فتلزمه[٣] الأجرةُ في صورة الانتفاع فقط، ولا يلزمه في غيرها، وهو موافقٌ لقوله بعد ذلك: (عليه أجرة الأرض بقدر ما استغلها)، فظاهره: لا شيء عليه؛ إذا لم يستغلَّها.

* قوله: (فيرجعُ مودعٌ ونحوُه)

يمكن أن نحوَه هنا يمثل بالوكيل والأجير على خياطته ونحو ذلك والمضارب والشريك وكلٌّ من يده يد أمانة.

* قوله: (وعمله)

يعني عمل المشتري في الغصب كغَزْلٍ نسجه وخَشَبٍ نجره وأرضٍ عمل فيها بحرث أو تنظيف

(١) ليست في الأصل.
(٢) في الأصل: «مستعير».
(٣) في (ق): «فلزمه».

الفروع

بائع غارٍّ*، قاله شيخنا.

وفي «الترغيب» احتمال: يرجع مشترٍ[١] بما زاد على الثمن، وفيه: لا يطالبُ بالزيادة الحاصلة قبل قبضه[٢]. قال الشيخ في «فتاويه»: وإن أنفقَ على أطفال غاصب وصيُّه مع عمله، لم يرجع، وإلاّ رجع؛ لأن الموصي غرَّه[٣]، وإن أحبل مشترٍ أمةً جاهلا، فولده حرٌّ، ويلزمه فداؤه على الأصحِّ فيه يوم وضعه، وعنه: يوم مطالبته بقيمته، وعنه بمثله في قيمته، وعنه: بأيِّهما شاء، وعنه: بمثله في صفاته[٤] تقريباً، اختاره الخرقي، والقاضي، وأصحابه، ويرجع بنقص ولادة، ومنفعة فائتة وفداء ولد، وذكر ابنُ عقيل فيه رواية، وكذا مهر وأجرةُ نفعٍ في بيع وعارية وهبة، وعنه: لا؛ لحصول نفعٍ، اختاره الخرقي، وأبوبكرٍ، وابن عقيل، كقيمتها[٥] وبدل أجزائها وأرش بكارة، وفيه رواية: وللمالك تضمينُ الكلِّ لغاصبه[٦]، ويرجع غاصبُه على

التصحيح

....

الحاشية

ونحو ذلك.

* قوله: (من بائع غار)

مفهومه أنه لا يرجع على بائع غير غارٍّ، مثل أن يكون اشترى من الغاصب ولم يعلم بالغصب، [٧]ثم باع على آخر[٧]، فيكون رجوع المشتري من المشتري على الغاصب لا على المشتري الأول، وهو متجه.

---

(١) في الأصل: «مستعير».

(٢) ليست في (ر).

(٣) في (ر): «غيره».

(٤) في «ط»: «صفته».

(٥) في النسخ الخطية: «كقيمتهما»، والمثبت من (ط).

(٦) في (ر): «كغاصبه».

(٧-٧) ليست في (د).

الفروع الآخذ بما لا يرجُع به الآخذُ عليه لو ضمنه المالكُ، وإن علم بالغصب، فالقرارُ عليه.

وسأله مهنا عن عبد أَذن له سيده في التجارة، فسلَّمه رجلٌ مالاً مضاربةً بأمر السيد، فسلمه العبدُ رجلاً ليشتريَهُ من سيده به، قال: يرجع به صاحبه على مشتريه، فقلت له: ذهب المال، قال: يكون ديناً على العبد، قلت: فيكون حرّاً؟ قال: نعم، وظاهرُه: لا يرجع إلاّ على مَن القرار عليه. ولو قتلها غاصبٌ بوطئه، فالديةُ، نقله مهنا، ومن اشترى عبداً، فأعتقه، فادعى مُدَّعٍ أن بائِعَه غصبَه منه، لم يقبل أحدهما على الآخر، وإن صَدَّقَاه، استقر ضمانه على مشتر. وقيل: يبطل عتقُه إن صدقه معهما، ويرثه وارثُه، ثم مدَّعٍ، ولا ولاء.

ولو قلع غرس المشتري أو بِناَؤهُ لاستحقاق الأرض، رجع بالغرامة على البائع، وعنه: لربها قلعُه إن ضمن نقصَه، ثم يأخذه من البائع، ومن بنى فيما يظنه ملكَه، جاز نقضُه؛ لتفريطه، ويرجع على مَن غرَّه، ومن أخذَ منه بحجة مطلقة ما اشتراه، ردَّ بائِعُه ما قبضه، وقيل: إن سبق الملكُ الشراءَ، وإلاّ فلا، وإن أطعمَه لغيرِ عالم بغصبِهِ. قال جماعة: أو لدابته استقرَّ ضمانُه عليه، وقيل: إن قال: هو لِي، وعنه: على آكله، كأكله بلا إذنه، وكعالم، وكذا إن أطعمه لربه، وعنه لا يبرأ، وكذا إن أخذه بهبةٍ أو شراءٍ أو صدقةٍ، وعنه: يبرأ، جزم به بعضهم؛ لعودها إلى ملكه، وإن أخذه وديعةً ونحوَها، لم يبرأ. وقال جماعة: بلى كعارية. ولو أباحه للغاصب فأكله قبل علمه،

التصحيح ....

الحاشية ....

الفروع

ضمن، ذكره في «الانتصار»*. والظاهر: أن مرادهم أنَّ غيرَ الطعام كهو في ذلك، ولا فرق. وقال في «الفنون» في مسألة الطعام: يبقى الضمانُ، بدليل ما لو قدم له شوكَه الذي غصبه منه فسجره*، وهو لا يعلم، ولو اتَّجر بالنقد، فربحُه لربه*، نقله الجماعة.

واحتج بخبر عروة بن الجعد[1]. قال جماعة: منهم صاحب «الفنون»، و«الترغيب»: إن صح الشراء. نقل حرب في خبر عروة: إنما جاز؛ لأن النبي

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (ولو أباحه للغاصب، فأكله قبلَ علمه، ضمن، ذكره في «الانتصار»)

ما قاله في «الانتصار»، قاله القاضي يعقوب[2] في «تعليقه» في المكان المذكور؛ ولم يخصه بالطعام، بل قال: كلُّ تصرفٍ تَصرَّفَ به الأجنبي في مال غيره، وقد أَذنَ فيه مالكُه/ لكن لم يعلم به، كان عليه فيه الضمان، كذا قال. هذه الحاشية، الظاهرُ أنها من خط ابن مغلي، قاله صاحب «الحواشي»، رحمه الله تعالى.

١٦٨

* قوله: (فسجره).

أي: أحرقه، والمراد: أنه أحرق الشوك الذي غصبه في الصورة المذكورة، والشوك ليس طعاماً، فدل أن غير الطعام، كهو.

* قوله: (فربحه لربه).

المراد: حيث تعذَّرَ ردُّ المغصوب إلى مالكه، وردُّ الثمن إلى المشتري، وأما على القول بأن تصرُّفَ الغاصب صحيحٌ، كما قال في «الفنون»، و«الترغيب»، وكذا على القول بأنه كتصرف الفضولي إذا أجازه المالكُ، وكذا إذا جهل المشتري، فلم يقدر على أخذ المبيع منه وردِّ الثمن إليه؛ لكونه لا يُعْرَفُ مكانُه، مِثلَ أن يكون الغاصبُ باعَه في بلادٍ بعيدة، ثم سافر عنها، تعذرَ الوصولُ إليه، أو سافر المشتري وتعذر الوصول إليه أو لم يعترف المشتري بأنه للمغصوب منه،

(١) تقدم تخريجه ٧١.

(٢) ليست في (د).

الفروع صلى الله عليه وسلم جوزه له. وعنه: يتصدق به، وكذا إن اشترى في ذمته*، وقال في «المحرر»: بنية نقده، وعنه: ربحه له، وله الوطء، نقله المروذي، فعلى هذا إن أراد التخلُّص من شبهة بيده اشترى في ذمته ثم نقدها*، وقاله القاضي وابن عقيل، وذكره أحمد.

وإن جهل ربه. ونقل الأثرم وغيره: أو علمه ويشق دفعُه إليه وهو يسير، كحبة فسلمه إلى حاكم برئ، وله الصدقة على الأصحِّ به، بشرط ضمانه

التصحيح ....

الحاشية ولم يقم له[1] بَيِّنَةٌ، فجعلُ الربح للمالك أولى من جعله للغاصبِ، سواء قلنا: يصحُّ الشراء، أو لا، وسواءٌ اشترى بعين المال، أو في الذمة، وسواءٌ نوى نقدَها من مال الغصب، أو لا، بل المرادُ: حيث تعين جعلُ الربح، إمَّا للغاصب أو للمغصوبِ منه، فجعلُه للمالك أظهرُ؛ لأنه وإن كان في بعض الصور جعلُه للمالك ضعيفاً، لكن جعلُه للغاصب أضعف منه؛ لأنه متى جعل للغاصب في بعض الصور فعْلُ تلك الصورة حِيلة على أن يكون الربحُ له، فإذا جعلَ للمالك في مقابلة ماله، الذي فاته نفعه، ولم يجعل للغاصب شيء حصل سد باب الحيلة، وامتنع كثيرٌ من الغصب، والله أعلم.

* **قوله: (وكذا إن اشترى في ذمته).**

ثم نقدَهُ: أي: يكون ربحُه لربه أيضاً، كما لو اشترى بعين المال، وقيده في «المحرر» إذا اشترى في الذمة أن ينوي، أن يُعْطِيَ الثمن من مال الغصب، وهذا القيد الذي قيده في «المحرر» عزاه في «الفائق» إلى «المستوعب»، فإنه قال: وكذا لو اشترى في الذمة، ثم نقدها، وقال في «المستوعب»: بنية نقدها.

* **قوله: (فعلى هذا، إن أرادَ التخلصَ من شبهةٍ بيده اشترى في ذمته، ثم نقدها).**

يعني: إذا كان بيده مالٌ من شبهة، وأرادَ التخلُّصَ في الشراء منه، فإنه يشتري في ذمته، ثم ينقد من مال الشبهة، ولا يشتري بعين المال.

---

(١) في (ق): «به».

الفروع

ونقل المروذي: يعجبني الصدقة به. وفي «الغنية»: عليه ذلك، ونقل أيضاً: على فقراء مكانه إن عرفه؛ لأن ديَةَ قتيل يوجد عليهم، ونقل صالح، أو بقيمته، وله شرَاءُ عرض بنقد. ولا تجوز محاباةُ قريب وغيره، نص عليهما، وظاهر نقل حرب: في الثانية الكراهة، وهو ظاهر كلامهم في غير موضع، ولم يذكر أصحابنا غير الصدقة. ونقل إبراهيم بن هانئ: يتصدق أو يشتري به كُراعاً[(١)] وسلاحا يُوقَفُ، هو مصلحة للمسلمين.

وسأله جعفر عمن بيده أرضٌ أو كرمٌ ليس أصله طيباً، ولا يعرف ربه؟ قال: يوقِفُه على المساكين، وسأله المروذي عمن مات وكان يدخل في أمور تكره فيريد بعض ولده التنزه؟ فقال: إذا أوقفها على المساكين فأيُّ شيء بقي عليه؟ واستحسن أن يوقِفَها على المساكين، ويتوجه: على أفضل البر.

قال شيخنا: يُصْرَفُ في المصالح، وقاله في وديعة وغيرها، وقال: قاله العلماء، وأنه مذهبنا (و هـ م)[(٢)] وهذا[(٣)] مراد أصحابنا؛ لأنَّ الكلَّ صدقةٌ، وقال شيخنا: من تصرف فيه بولاية شرعية، لم يضمن، وقال: ليس لصاحبه إذا عرف ردُّ المعاوضة؛ لثبوت الولاية عليها شرعاً، للحاجة[(٤)]، كمن مات، ولا وليَّ له ولا حاكم، مع أنه ذكر أنَّ مذهب أحمد وقفُ العقد للحاجة؛ لجهل المالكِ، ولغير حاجة الروايتان، وقال فيمن اشترى مالَ مسلم من التتر لما دخلوا الشام: إن لم يُعرف صاحبه صُرِفَ في المصالح،

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) الكُراع: جماعة الخيل. «المصباح»: (كرع).

(٢) في (ط): (رم).

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٤) ليست في الأصل.

الفروع

وأُعطي مشتريه ما اشتراه به؛ لأنه لم يصر له إلاّ بنفقته، وإن لم يقصد ذلك، كما رجحته فيمن اتجر بمال غيره، وربح، ونص في وديعةٍ تُنْتَظَر كمال مفقودٍ: وأن جائزَةَ الإمام أحبُّ إليه من الصدقة.

قال القاضي: إن لم يعرف أن عَيْنَه مغصوبٌ، فله قبولُه، وسوَّى ابنُ عقيل وغيرُه بين وديعةٍ وغَصْبٍ، وذكرهما الحُلواني، كرهن، وإن لم يبقَ درهمٌ مباحٌ، ففي «النوادر»: يأكل عادتَه لا مَا لَه عنه غنيةٌ، كحلواء وفاكهةٍ.

فصل

من أتلف محترماً لمعصوم ومثله يضمنه*، ضمنه، فإن أكره، فقيل: يضمن (١مكرهه، كدفعه١) مكرهاً؛ لأنه ليس إتلافاً، وقيل: المكره كمضطر(م٢٤)، ويرجع في الأصح مع جهله، وقيل: وعلمه؛ لإباحة إتلافه ووجوبه، بخلاف قتل، ولم يَخْتَرْهُ بخلاف مضطر، وهل لربه طلب مكرهه؟

التصحيح

مسألة ـ ٢٤: قوله: (من أتلف محترماً لمعصوم ومثله يضمنه، ضمنه، فإن أكره، فقيل: يضمن مكرهه. . . وقيل: . . . كمضطر). انتهى. وأطلقهما في «القواعد»: والقول بأن مُكْرِهَه يضمنه، قطع به القاضي في كتابه «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر»، وابن عقيل في «عمد الأدلة»، قاله في «القواعد»، والقول بأنه كالمضطر، قال في «الرعاية الكبرى»: وإن أكْرِهَ على إتلافه، ضمنه، يعني: المباشر، وقطع به، والذي يظهر أَنَّ هذا هو القول بأنه كمضطر(٢)، وقال في «التلخيص»: الضمانُ عليهما، واقتصر عليه الحارثي، وهو احتمال للقاضي في بعض تعاليقه، فهذه ثلاثة أقوال.

الحاشية

* **قوله**: (ومثله يضمنه)

احترز عن الأب إذا أتلف مال ولده، والصبي، والمجنون، إذا أتلفا مالاً دفعه مالِكُه إليهما، إذا قيل بعدم الضمان، وما تلف بين أهل العدل والبغي حيث لا ضمان.

(١ ـ ١) في (ط): «مكره كدفعة».

(٢) في (ط): «مضطر».

فيه وجهان(م٢٥)، فإن طالبه، رجع على المتلف، وإن لم يرجع/ عليه، ٢/ ٦١
وقيل: الضمان بينهما، ولا ضمانَ مع إذنه، وعيَّنَ ابنُ عقيل الوجهَ المأذونَ فيه مع غَرَضٍ صحيحٍ، وقال في «الفنون» في المجلد التاسع عشر محتجّاً على أن حرمةَ[1] الحيوان آكدُ من المال: لو أذن في قتل عبده فقتله، لزمته كفارةٌ للّه تعالى وأثِمَ، ولو أذن في إتلافِ مالِه، سقط الضمانُ والمأثمُ ولا كفارةَ، وقال بعد هذا بنحو نصف كراسة في أثناء كلام: يمنع من تضييع الحَبِّ والبذر في الأرض السَّبِخَةِ بما يقتضي أنه محلُّ وِفاقٍ، وسبق أنه يحرم في الأشهر دفنُ شيءٍ مع الكَفَن.

وإن حلَّ قَيْدَ عبد أو فتح قَفَصا عن طائر ثم ذهب، ضمنه[2]، وفي «الفنون»: إن كان الطير متألفا، فلا، كذكاة مستأنس[3] ومتوحش*، وإن

مسألة ـ ٢٥: قوله: (وهل لربه طلب مكرهه؟ فيه وجهان). انتهى. يعني هل لمالكه مطالبةُ مكرهه إذا كان المكرَهُ، بفتح الراء، عالماً[4]، وقلنا: له الرجوع عليه أم لا؟ قال في «الرعاية الكبرى»: يحتمل وجهين. انتهى:

أحدهما: له مطالبته. قلت: وهو الصواب، ويؤيده كلام القاضي المتقدم.

والوجه الثاني: ليس له مطالبتُه. قلت: وهو ضعيف جدّاً.

*** قوله: (وفي «الفنون»: إن[5] كان الطيرُ متألفاً، فلا، كذكاة مستأنس ومتوحش[6])؛**

لأن المستأنسَ في مظنةِ القدرة عليه، فلا يحل إلاّ بالذكاة، بخلاف المستوحشِ الذي لا يقدرُ عليه، فإنه يحلُّ إذا قتل بغير الذكاة؛ لعدمِ القدرة عليه، فالطيرُ إذا كان متألفاً يغلب على الظن أنه لا

---

(١) ليست في (ر).
(٢) في (ط): «ضمن».
(٣) في (ط): «متأنس».
(٤) في (ط): «عاما».
(٥) في (ق): «إذا».
(٦) في (ق): «مستوحش».

الفروع دفع مبْرَداً إلى عبد فبَرَدَ قيدَه، ففي تضمين دافعه وجهان(م٢٦)، ولا يضمن دافع مفتاح إلى لصٍّ*.

قال شيخنا: من غرم[1] بسبب كَذب عليه عند[2] وليِّ أمر، فله تغريمُ الكاذب*.

التصحيح **مسألة ـ ٢٦**: قوله: (وإن دفع مبرداً إلى عبد فبرد قيده، ففي تضمين دافعه وجهان) انتهى. وحكاهما في «الفصول»، و«التلخيص»، و«الرعاية» احتمالين، وأطلقوهما:

أحدهما: يضمن. قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر ما قدمه الحارثي.

والوجه الثاني: لا يضمن، وهو ضعيف.

الحاشية يذهب بفتح القفص، فلا يضمنه عند ابن عقيل على ما ذكره في «الفنون»، فكما أنه لا يحل إلاّ بالذكاة وإن كان في غير قفص، فكذلك لا يضمن بفتح القفص؛ لأن القفص وعدمه في حق المستأنس سواء، دليلُه الذكاة.

* **قوله: (ولا يضمن دافع مفتاح إلى لص)**

وجه عدم الضمان؛ لأن الدافعَ سببٌ في[3] فتح اللص، وأخذُه مباشرةً مع إمكان إحالة الضمان على المباشر فأحيلَ الحكم على المباشر دون المتسبب، كمسألة إذا ألقى إنساناً من شاهق، فقدَّه آخرُ، وكذلك مسألة العبد، لأن العبدَ مباشرٌ والدافعُ متسببٌ، ووجه الضمان في أحد الوجهين في مسألة العبد دون مسألة المفتاح، يحتمل أن يقالَ فيه: إن اللصَّ يمكن إحالةُ الحكمِ عليه، بخلاف مسألة العبد، فإن الضمانَ لأجل هرب العبد، وذلك لا يمكن تضمينُه للعبد، فلما كان الضمانُ على المباشر ممتنعٌ، أحيلَ الضمانُ على السبب، كما إذا رماه في لُجَّة، فابتلعهُ حوتٌ، يحالُ الحكمُ على الرامي؛ لعدمِ إمكان إحالته على الحوت.

* **قوله: (قال شيخنا: من غرم بسبب كذب عليه عند ولي أمر[4]، فله تغريم الكاذب)**

لم يذكر المصنف في هذه المسألة سوى ما ذكره عن الشيخ تقي الدين، ولم يعارضه، بل سكت

---

(١) في الأصل: «عزم».
(٢) في (ط): «عن».
(٣) في (د): «و».
(٤) في (د): «الأمر».

الفروع

وإن حَلَّ وعاء فيه دهنٌ جامدٌ، فذهب بريح ألقته أو شمس، فوجهان(م٢٧، ٢٨)، وقيل: لا يضمنه بريح؛ لأنه غير مقصد، ولو حُبس مالكُ

التصحيح

مسألة ـ ٢٧ـ ٢٨: قوله: (وإن حلَّ وعاءً فيه دهن جامد، فذهب بريح ألقته أو شمس، فوجهان). انتهى، ذكر مسألتين.

الحاشية

عليه، فظاهره: أنه قائلٌ بذلك، وأنه لم يقع له في كلام الأصحاب غير ذلك، فيكون الحكمُ في هذه المسألة تضمين الكاذب كما هو مشهور عن المالكية، وهو قوي جدّاً؛ لأن السبب يحال الحكم عليه، إذا لم يكن إحالةُ الحكم على المباشر، كمن ألقى شخصاً في زُبْيَة أسد، فقتله الأسدُ، أو في بحرٍ، فابتلعه حوتٌ، ونحو ذلك كثير، بل التضمين في هذه المسألة أقوى مما ذكرنا، لكثرة وقوع الفساد بذلك، وكثرة تسليط الأعداء على التغريم[1] للمال، حتى كأنه عندهم غيرُ حرام، بخلاف الإقدام على إتلاف النفس، فإنه أمرٌ عظيمٌ مهوَّلٌ عند الناس، لا يقدم عليه، كمسألتنا، ولهذا إذا أمر عاقلاً بالقتل، وهو يعلم تحريمه، فقتل لم نقل: يقتل الآمر، بل القاتل إذا وجدت شروطُ القصاص، ومما يقوي ضمان الكاذب، مسألةٌ على قاعدتنا، فيمَن باع مغصوباً لغير عالم، وغُرِّم بسبب ذلك، والمغرورُ في النكاح يَرْجع على من غره؛ لأنه السببُ؛ لعدم إمكان الرجوعِ على غيره، مع أن المغرور كان يمكنه الفحصُ، وترك ما فعله وغرم بواسطته، فإنه غالباً يُحَصِّل منفعةً في مقابلة ما يغرمه كأخذه المغصوب، ومهرُ المرأة في المغرور في النكاح، ومع هذا جعلوا له الرجوع لفوات[2] مقصوده، وغرامةُ ما لم يلتزمه بخلاف المكذوب عليه عند ولي الأمر، فإنه لا يمكنه التخلصُ منه غالباً، ولا الرجوعُ على من أخذ منه، وليس في مسألة المغرور كبير فساد، يحصل باتباعِ الهوى، والتشفي بالأعداء بالضررِ الحاصل له، بل معظم ما فيه فواتُ الغرضِ، بخلافِ المكذوب عليه عند ولي الأمر، فإنه يحصلُ لقصد ضرر المكذوب عليه والتشفي به؛ لما يحصل له من الضرر، فصار رجوعُه أولى من رجوع المغرور، فإن قيل: الظالم للمغرور، مَنْ غرَّه، دون من أخذ منه، فيرجع على الغار؛ لأنه الظالم بخلاف مسألتنا، فإن الذي أخذ ظالم، فيرجع عليه دون الكاذب، قلنا: كلٌ من الكاذب والآخذ ظالمٌ، وقد تعذَّرَ الأخذُ من الآخذ،

(١) في (د): «الغريم».

(٢) في (د): «كفوات».

الفروع دوابٌّ فتلفت*، لم يضمن، ذكره في «الانتصار»، و«المغني»، و«الترغيب»،

التصحيح **المسألةُ الأولى ـ ٢٧**: إذاحلَّ وعاءً فيه دهنٌ جامدٌ، فذهب بريح ألقته، فهل يضمن أم لا؟ أطلق الخلافَ:

أحدهما: يضمن، وهو الصحيح، قدمه في «المغني»[(١)]، و«الكافي»[(٢)]، و«الشرح»[(٣)]، ونصراه، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يضمنُ، قال القاضي: لا يضمن ما ألقته الريحُ، وكذا قال أبوالخطاب، وغيره. قال الحارثي: وعن القاضي وابن عقيل: لا يضمن، وقدمه في «التلخيص».

قلت: قطع في «الفصول»: أنه لا يضمن في موضع، واختار الضمان في آخر.

المسألة الثانية: لو ذاب بشمس هل يضمن أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يضمن وهو الصحيح، قال الحارثي: وافق على ذلك القاضي وصاحب «التلخيص»، وقدمه في «المغني»[(١)]، و«الشرح»[(٣)]، و«الكافي»[(٢)]، ونصراه، وجزم به ابن رزين.

الحاشية فيرجعُ على من سلطه [(٤)]كما أنه لما تعذر الأخذُ من قابض المال في مسألة المغرور رجع على من سلطه[(٤)] والجامعُ بينهما التَّسْليطُ بغير حق، وعدم إمكان الرجوع على من قبض المال، وقد يقال في هذه المسألة ما قيل في إتلاف الوثيقة، وفيها احتمالان، ذكرهما في «الفائق»، فإنه قال في باب الغصب: قلت: ولو أتلفَ وثيقةً لغيره بمال، لا يثبت إلاّ بها، ففي إلزامه[(٥)] ما تَضَمَّنَتْه احتمالان:

أحدهما يلزمه، كقول المالكية. انتهى. قلت: ومما يقوي ذلك مسألةُ فتح القفص.

* **قوله: (ولو حبس مالك دوابٌّ فتلفت)**

يعني: مالكُ الدوابِّ حبسَهُ غيرُه، حتى تلفت دوابُّه.

---

(١) ٧/ ٤٣١ ـ ٤٣٢.

(٢) ٣/ ٥٢٣.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١/ ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٤ـ٤) ليست في (د).

(٥) في (ق): «إلزام».

الفروع

وقيل: بلى. قال في «الترغيب»: أو فتح حرزاً فجاء آخر فسرق، وعند شيخنا: يتوجه* فيمن حبسه عن الانتفاع بملكه[١] أن يضمنَه بالتسبب، وإن ربط دابة بطريق واسع، وليست يده عليها فروايتان[م٢٩]، ويضمن بطريق ضيق ولو بِنَفْحٍ[٢] برجْل. نص عليه، ومن ضربها إذن فرفسته فمات، ضمنه،

التصحيح

والوجه الثاني: لا يضمن. قال في «الفائق»: وقال القاضي: لا يضمن، فلعلَّ له قولين، وقال ابن عقيل أيضاً: لا يضمن: واختار في موضع آخر الضمان.

مسألة ـ ٢٩: قوله: (وإن ربط دابة بطريق واسع، وليست يده عليها، فروايتان). انتهى. وأطلقهما في[٣] «المستوعب»، و«المغني»[٤]، و«الشرح»[٥]، و«الفائق»، و«الزركشي»، و«القواعد الأصولية»، وغيرهم:

إحداهما: يضمن، وهو ظاهر ما قطع به الشيخ في «المقنع»[٥]، و«العمدة»، وصاحب «المذهب»، و«الخلاصة»، وغيرهم؛ لإطلاقهم الضمان. قال الحارثي: وكذا أورده ابن أبي موسى، وأبوالخطاب مطلقاً، ونص عليه أحمد. انتهى. وقدمه في القاعدة الثانية والثمانين، وقال: هذا المنصوص، وذكر النصوص[٦] في ذلك.

الحاشية

* **قوله: (وعند شيخنا يتوجَّه)** إلى آخره.

١٦٩ ويظهر لي أنها ـ يعني مسألةُ «الفائق» ـ أقوى في الضمان / من مسألة لو حُبِسَ مالكُ دواب، فتلفت، ثم رأيت المصنفَ ذكر المسألةَ في باب السرقة، وخرجها على ما إذا سرقَ فردَ خُفٍّ، قيمةُ كلِّ واحد منهما منفرداً درهمان ومعاً عشرةٌ، غُرِّمَ ثمانيةَ المتلفُ، وهو نقصُ التفرقة، وقيل: درهمان، ثم خرَّجَ مسألةَ الوثيقة على هذا الخلاف، وقد ذكرَ المصنف في مسألة أخذ الساعي ظلماً من مال أحد الشريكين: أن الزيادةَ ظلمٌ، فلا يجوزُ الرجوعُ على غير ظالمه؛ فقد يؤخذُ منه عدمُ الرجوع

---

(١) في (ر): «مالكه».

(٢) نفحت الدابة برجلها: ضربت. «المصباح»: (نفح).

(٣) ليست في (ط).

(٤) ٧/ ٤٣٣ .

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

(٦) في (ط): «المنصوص».

الفروع ذكره في «الفنون»، وتَرْكُه طيناً* فيها أو خشبة أو عموداً أو حجراً أو كيس دراهم. نص عليه، وبإسناد خشبة إلى حائط، وباقتناء كلب عقور. نص عليه، وفي رواية: إلاّ لداخل بيته بلا إذنه، وفيه رواية. نقل حنبل: الكلب إذا كان موثقاً، لم يضمن ما عقر، ويضمن باقتناء سِنَّورٍ تأكل فراخاً عادةً، مع علمه، كالكلب، وله قتلها بأكل لحم ونحوه، كالفواسق، وفي «الفصول»: حين أكله.

وفي «الترغيب»: إن لم يندفع إلاّ به، كصائل، وإن سقى ملكه أو أجَّجَ فيه ناراً، ضمن إن أفرط أو فَرَّطَ، والمراد: لا بطريان ريح. ولهذا [قال] في «عيون المسائل»: لو أجَّجَها على سطح داره فهبت الريحُ، فأطارت الشرر[1]، لم يضمن؛ لأنه في ملكه، ولم يفرط، وهبوبُ الريح ليس من فعله بخلاف ما لو أوقف دابته في طريق، فبالت، أو رمى فيها قشْر بطيخ؛ لأنه في

التصحيح والرواية الثانية: لا يضمن والحالةُ هذه، ذكره القاضي في «المجرد»، وهو ظاهر ما جزم به في «الوجيز»، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير». [2]قال في «القواعد»: وأما الآمديُ فحمل المنعَ على حالة ضيق الطريق وسَعَته، والمذهبُ عنه الجوازُ مع السَّعَةِ، وعدمِ الإضرار، روايةً واحدةً، ومن المتأخرين من جعل المذهبَ المنعَ روايةً واحدةً، وخالَف بعض المتأخرين وقال: الرَّبطُ عدوانٌ بكل حال. انتهى[2].

الحاشية هنا على الكاذبِ، والأولُ أظهرُ دفعاً للفساد؛ لأنه إذا عرفَ أنه يرجع عليه، كفَّ شره وكذبه. والفرقُ بين مسألة اللصِّ ومسألة الكاذب؛ أن اللصَّ مباشرٌ يمكن الرجوعُ عليه غالباً، فأُحيل الحكمُ على السبب مع عدمِ الرجوع على الآخذ للمال.

* قوله: (وتركه طيناً)

عَطْفٌ على قوله: (بطريق).

---

(١) في (ر): «التنور».

(٢-٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

غير ملكه، فهو مفرِّط، وظاهره: لا يضمنُ في الأولى، مطلقاً*، وإن حفر بئراً في سابلة لنفع المسلمين ولا ضرر، لم يضمن، وعلَّله أحمد بأنه نفعٌ للمسلمين، وكمَوَاتٍ، وعنه: بإذن حاكمٍ، وعنه: بلى، وكذا حكمُ البناء فيها مساجد أو غيرها لنفع المسلمين.

نقل إسماعيل ين سعيد في المسجد: لا بأس به إذا لم يَضرَّ بالطريق، ونقلَ عبدُ الله: أكره الصلاةَ فيه إلاّ أن يكون بإذنِ إمام، ونقل المروذي: حكمُ هذه المساجد التي بُنِيَت في الطريق تُهدم، وسأله محمد بن يحيى الكحال: يزيد في المسجد من الطريق؟ قال: لا يُصلَّى فيه.

ونقل حنبل: أنه سئل عن المساجد على الأنهار؟ قال: أخشى أن يكون من الطريق، وسأله ابنُ إبراهيم عن ساباط فوقه مسجدٌ، أيصلَّى فيه؟ قال: لا يُصلَّى فيه إذا كان من الطريق، وسُئِلَ عن الصلاة على شط النهر، والطريقُ أمامَه؟ قال: أرجو أن لا يكونَ به بأس، ولكن طريق مكة يعجبني أن يتنحى عن الطريق، ويُصَلِّي يمْنَةَ الطريق، ونقل ابن مشيش عن[1] سَاباط فوق

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (مطلقاً)

أي: سواء تقدم إليه بنقضِه، أو لا، كما لو اقتنى كلباً عقوراً، أو حفر بئراً في غير ملكه تعدِّياً، وكذا فهم صاحب «الرعاية» من قوله: مطلقاً، فإنه قال: وخرج يضمن، وإن لم يتقدم إليه بنقضه، قلت: وظاهرُ لفظ «المحرر» أن التخريجَ يرجع إلى العلم أيضاً، فيحصل الضمان؛ سواء علم أو لم يعلم؛ وسواءٌ تقدم إليه بنقضه أو لا، ولو كان مرادُه التقدمَ بنقضه فقط، لقال: ويتخرج أن يضمن من غير ذكر: «مطلقاً»، وبالجملة فما قاله الشارح و«الرعاية»: بأنَّ «مطلقاً» معناه: سواءٌ تقدم إليه بنقضه أو لا أظهر، وإن كان مخالفاً لظاهر اللفظ؛ لأنه سبب، والإتلاف بالسبب لا بد فيه من التعدي، ومع عدم العلم ليس فيه تعدٍّ، والمسألة فيها شَبَهٌ من مسألة الكلب العقور.

(١) بعدها في (ط): «بناء».

الفروع مسجد: لا يُصَلَّى فيه إذا كان من الطريق.

قال الشيخ: ويحتمل أن يعتبر إذنُ الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر؛ لدعوى الحاجة إلى الحفر لنفع الطريق، وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها، فهو كتنقيتها، وحفر هِدْفة[1] فيها، وقلع حجر يضر بالمارة[2]، ووضع الحصى في حفرة فيها ليملأها، وتسقيف ساقية فيها، ووضع حجر في طين[3] فيها؛ ليطأ الناس عليه، فهذا كله مباحٌ لا يُضمن ما تلف به، لا نعلم فيه خلافاً، وكذا بناءُ القناطر، ويحتمل أن يعتبر إذنُ الإمام فيها؛ لأن مصلحته لا تعمُّ.

وقال بعض أصحابنا في حفر البئر: ينبغي أن يتقيَّدَ سقوطُ الضمان إذا حفرها في مكان مائلٍ عن القارعة، وجعل عليه حاجزاً ليعلم به ليُتَوَقَّى، وإن حفره لنفسه، ضمن ولو في فنائه، وتصرف وارثه في تركته وإذن إمام فيه؛ لأنه ليس له أن يأذن فيه، فدل أنه لا يجوز لوكيل بيت مال المسلمين، وغيره بيع شيء من طريق المسلمين النافذة، وأنه ليس لحاكم أن يحكم بصحته، وقاله شيخنا، ويتوجه جوازُه للمصلحة، وجوَّزَ بعضُ أصحابنا حفرَ بئر لنفسه في فنائه بإذنه، ذكره القاضي. قال شيخنا: ومَن لم يسدَّ بِئْرَه سدّاً يمنع من التضرر بها، ضَمِنَ ما تلف بها، وكذا بسطُ حصيرٍ وتعليقُ قنديلٍ ونحوه بمسجد، والأكثرُ لا يضمن، كوضعه حصى فيه، والأصحُّ، وقعوده فيه وفي

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) في (ط): «هدفه»، الهدفة: الربوة العالية.

(٢) في (ر): «الملك».

(٣) بعدها في (ط): «في طريق».

الفروع

طريق واسع، وفِعْلُ عبده بأمره كفعله، أعتقه أو لا، ويضمن سلطان آمر وحده، وإن حفرها حرٌّ بأجرة أو لا، وثبت علْمُه أنها في ملك غيره، نص عليه ضمن الحافر. ونصه: هما. وإن جهل، فالآمر، وقيل: الحافرُ، ويرجع، وإن مال حائطُه إلى غير ملكه* وعلم به ليس في «الترغيب»: وعلم، لم يضمن، وقيل: بلى، كبنائه مائلاً كذلك*، وعنه: إن طالبه مستحقٌّ بنقضه وأمكنه، ضمن، واختاره جماعة، وأطلق في رواية ابن منصور: إذا كان أشهد عليه، ضمن، ولا [(١)]تضمن عاقلة[(١)] مالم يثبت ببينة أنه ملكه، وإن أبرأه والحق له فلا*، وإن طُولِبَ أحدُ المشتركين، ففي حصته وجهان*(م٣٠)،

التصحيح

مسألة ـ ٣٠: قوله: (فيما إذا مال حائط. . .، وإن طُولِبَ أحدُ الشريكين، ففي حصته وجهان). انتهى. قال في «المغني»[(٢)]، و«الشرح»[(٣)]: احتمل وجهين:

الحاشية

* **قوله: (وإن مال حائطُه إلى غير ملكِهِ)** إلى آخره.

قال في «المحرر»: ومَنَ مالَ حَائطُه إلى غير ملكه، فعَلم به، فلم يهدمه حتى سقطَ، فأتلفَ شيئاً، لم يضمنه، وعنه: إن تَقَدَّم إليه بنقضه، فلم يفعل ضمنَه؛ وإلاّ فلا، ويتخرج أن يضمنَ مطلقاً. ذكره في أحكام الجوار، قبلَ التفليس.

* **قوله: (مائلاً كذلك)**

أي مائلاً إلى غير ملكه.

* **قوله: (وإن أبرأه والحقُّ له، فلا)**

يعني: فلا ضَمَانَ.

* **قوله: (ففي حصته وجهان)**

يعني: هل يضمن ما تلف لحصته.

(١ ـ ١) في الأصل: «يضمن عاقله».

(٢) ١٢/٩٦.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/٣٢٨.

الفروع ومِثْلُه خوفُ سقوطه بتشققه عرضاً، ويضمن بجناح ونحوه ولو بعد بيع، وقد طُولب بنقضه، لحصوله[١] بفعله، ولا يضمن وليٌّ فرط، بل موليه، ذكره في «المنتخب»، ويتوجه: عكسه.

فصل

ولا يضمن ما أتلفت البهيمةُ صيدَ حرم وغيره، وأطلقه الأصحاب، ويتوجه إلاّ الضارية[٢]، ولعله مرادهم، وقد قال شيخنا فيمن أمر رجلاً بإمساكها: ضَمِنَه إن لم يعلمه بها.

وفي «الفصول»: من أطلق كلباً عقوراً أو دابةً رفوساً أو عضوضاً على الناس، وخلاه في طريقهم[٣] ومصاطبهم ورحابهم، فأتلف مالاً أو نفساً، ضمن؛ لتفريطه، وكذا إن كان له طائرٌ جارحٌ كالصقر، والبازي فأفسد طيور الناس، وحيواناتهم، وفي «الانتصار»: أنَّ البهيمة الصائلةَ يلزم مالكَها وغيرَه إتلافُها. وكذا في «عيون المسائل»: إذا عُرفت البهيمة، بالصَّوْل، يجب على مالكها قتلُها، وعلى الإمام وعلى غيرالإمام إذا صالت، على وجه المعروف، ومَن وجب قتلُه على وجه المعروف، لم يضمن، كمرتدٍّ. وإطلاق الأصحاب رحمهم الله: بأنه لا يضمن ما أتلفته بهيمة لا يَد عليها ظاهرةٌ، ولو كانت مغصوبة؛ لظاهر الخبر[٤].

التصحيح أحدُهما: يلزمُه بحصته، وهو ظاهِرُ ما جزم به الناظم.

والوجه الثاني: لا يلزمُه شيء.

الحاشية ....

---

(١) في (ط): «كحصوله».

(٢) في (ط): «الضاربة».

(٣) في (ط): «طريقه».

(٤) أخرج مالك في «الموطأ» ٢/٧٤٧ ـ ٧٤٨ عن حَرام بن سعد؛ أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل، ضامن على أهلها.

الفروع وعلل الأصحاب المسألة: بأنه لا تفريط مَن المالك، ولا ذمةَ لها فيتعلق بها، ولا قصدَ فيتعلق برقبتها، بخلاف الطفل الصغير والعبد، وتبين ذلك أنهم ذكروا جنايةَ العبد المغصوب، وأن الغاصبَ يضمنها، قالوا: لأن جنايته تتعلق برقبته فضمنها؛ لأنه نقصٌ حصل في يد المغصوب، فهذا التخصيصُ، وتعليلُه يقتضي خلاَفَه في البهيمة، وهذا فيه نظر.

٦٢/٢ ولهذا قال ابن عقيل في جنايات البهائم: لو نقب لصٌّ وترك/ النقب، فخرجت منه البهيمةُ، ضمنها، وضمن ما تجني بإفلاتها وتَخْليتها، وقد يحتمل إن جازها وتركها بمكان ضمن؛ لتعديه بتركها فيه، بخلاف ما لو تركها بمكانها وقت الغصب، وفيه نظر، ولهذا قال الأصحاب في نقل التراب من الأرض المغصوبة: إن أراده الغاصبُ وأبى المالكُ، فللغاصب ذلك مع غَرَض صحيح، مثل إن كان نقله إلى ملك نفسه، فينقله لينتفع بالمكان، أو كان طرحه في طريق فيضمن ما يتجدد به من جناية على آدمي أو بهيمة، ولا يملك ذلك بلا غرض صحيح، مثل إن كان نقلَه إلى ملك المالك أو طرف الأرض التي حفرها، ويفارقُ طمَّ البئر؛ لأنه لا ينفك عن غرض؛ لأنه يُسْقِطُ ضَمَان جناية الحفر. زاد ابن عقيل، ولعله معنى كلام بعضهم: أو جناية العثر[1] بالتراب.

ويضمن سائق وقائد وراكب متصرِّف فيها، وقيل: إن اجتمعوا، ضمن راكبٌ، وقيل: قائدٌ جنايتَها، وعنه: حتى برجْلها، ككبحها ونحوه، ولو لمصلحة، وكوطئها بها.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) في (ط): «الغير».

الفروع

وظاهرُ نقل ابن هانئ فيه: لا، ونقل أبوطالب: لا يضمن ما أصابت برِجْلها أو نفحت بها؛ لأنه لا[١] يقدر على حبسها، وهوظاهرُ كلام جماعة، وعنه: يضمن سائق جنايةَ رجْلها، ولا ضمانَ بذَنَبِها في الأصحِّ، جزم به في «الترغيب» وغيره، ومن نفرها أو نخسها، ضمن وحده، ويضمن جنايةَ ولدها في المنصوص.

واختار شيخنا إن فرط، نحو أن يعرفها شموساً[٢]، ويضمن ما أتلفت ليلاً. نص عليه، وجزم به جماعة، وعنه: من زرع وشجر، جزم به الشيخ، وفي «الواضح»: والمال بموضع لا ينسب واضعه إلى تفريط، إلاّ إن نقلت[٣] بغير اختياره، جزم به جماعة، وعنه: مطلقاً. نقله ابن منصور، وابن هانئ والجماعة، وجزم به الشيخ، ولا يضمن نهاراً، وقال القاضي وجماعة: إلاّ أن ترسل بقرب ما تتلفه عادةً، ومن طردَ دابةً من مزرعته، لم يضمن، إلاّ أن يدخِلها مزرعةَ غيره، وإن اتصلت المزارعُ صبر ليرجعَ على ربها، ولو قدر أن يخرِجَها وله مُنصرَف غير المزارع فتركها، فهدر، والحطبُ على الدابة إذا خرق ثوب آدمي بصير عاقل يجد منحرفاً فهدر، وكذا لو كان مستدبراً فصاح بها[٤] منبهاً له، وإلاّضمنه، ذكره في «الترغيب»، ومن كسرَ أو أتلفَ آلةَ لهوٍ ولو مع صبي نص عليه، أو كسر إناء

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) ليست في الأصل.

(٢) شمس الفرس شُموساً وشِماساً: مَنع ظهرَه، «القاموس»: (شمس).

(٣) في (ر): «تلفت».

(٤) في (ر) و(ط): «به».

الفروع

ذهب وفضة، أو إناء فيه خمر يؤمر بإراقتها قدر[١] يريقها بدونه [٢]أو عجز[٢]، نقله المروذي.

ونقل الأثرم وغيره: إن لم يقدر، لم يضمن، على الأصحِّ فيهن، كصليب وخنزير، وعنه[٣]: يضمن غيرَ آلةِ لهو، وعنه: يضمن منها دفّاً.

ونقل مثنى: يكسره في مثل الميت*، ولا يضمن مخزناً للخمر، نقله ابن منصور، واختاره ابن بطة وغيره، ونقل حنبل: بلى، وجزم به الشيخ، ولا يضمن كتاباً فيه أحاديث رديئة، نقله المروذي.

قال في «الانتصار»: فجعله كآلة لهو ثم سلمه على نصه في رواية المروذي في ستر فيه تصاوير، ونص على تخريق الثياب السود، فيتوجه فيهما روايتان تخريجاً، ولا حلياً محرماً على الرجال لم يستعملوه يصلح للنساء.

واحتج في «الفنون» في آلة لهو بأنه يجوز إعدام الآية من كتب المبتدعة؛ لأجل ما هي فيه، وإهانةً لما وُضعت له ولو أمكن تمييزها.

وكمرتدٍّ يجوز بيعُه، وأنه يحتمل أن يضمنَ آلة لهو يرغب في مادتها كعود وداقورة، كإناء نقد.

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (يكسره في مثل الميت)

يعني: إذا ضرب بالدفّ مع الميت، فيكسره.

(١) في (ر): «قد».

(٢-٢) ليست في (ط).

(٣) في (ر) و (ط): «به».

الفروع واحتج أيضاً بأن عثمان وَالصحابةَ أحرقت المصاحف*[١]، ولم تغرم قيمة المالية لأجل التأليف، واحتج به جماعة، وبتحريقهم مصحف ابن مسعود[٢]، وبتحريق عجْل بني إسرائيل.

وظاهرُ كلامهم أن الشطرنج منها، ونقل أبوداود: لا شيءَ عليه، وقال شيخنا: ومن العقوبة المالية إتلاف الثوبين المعصفرَيْن، كما في «الصحيح»[٣] في حديث عبدالله بن عمرو، وإراقة عمر اللبن الذي شيب بالماء للبيع[٤]، وأن الصَّدقةَ بالمغشوش أولى من إتلافه، وفي كتاب «الهدي»: تحريق أماكن المعاصي وهدمها، كما حرق رسول اللّه ﷺ مسجد الضرارِ وأمر بهدمه[٥]. فمشاهد الشرك التي تدعو سدنتُها إلى اتخاذ مَنْ فيها أنداداً من دون اللّه أحقُّ بالهدم، ثم ذكر تحريق عمر مكان الخمر[٦]، وتحريقه قصرَ سعد لما احتجب فيه[٦]، وهمَّ رسول اللّه ﷺ بتحريق دُور تاركي حضور الجمعة، والجماعة لولا ما فيها من النساء والذرية[٧].

ومَنْ وقعَ في محبرته مالُ غيره بتفريطه فلم يَخرج، كُسرت مجَّاناً، وإن لم

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (والصحابة أحرقت المصاحف)

الذي يظهر: أن معناه أحرقت لأجل التأليف؛ أي: تأليف القرآن.

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (٤٩٨٧).

(٢) انظر ما روي في ذلك في «كتاب المصاحف» لابن أبي داود السجستاني ص١٣ـ ١٥.

(٣) أخرجه مسلم في «صحيحه» (٢٠٧٧) (٢٨).

(٤) أورده ابن عبد البر في «التمهيد» ٦/ ١٥٥.

(٥) «زاد المعاد في هدي خير العباد» ٣/ ٥٧١ .

(٦) ذكر السيوطي في «الديباج» ٢/ ٢٩٤ أن عمر رضي الله عنه حرق قصر سعد، وحانوت الخمار وغير ذلك، واستمر عليه ولاة الأمور من بعده.

(٧) أخرجه أحمد برقم (٨٧٩٦)، من حديث أبي هريرة

الفروع

يُفرط، ضمن ربُّ المالِ كسرَها، فإن بذل ربها بدله، ففي وجوب قبوله وجهان(م٣١).

وإن تلفت حاملٌ أو حملُها من ريح طبيخ علم ربُّه ذلك عادة[1] ضمن، وقيل: لا، واختاره في «الفنون»؛ لأنَّ منهن من لا تتضرر به، وكريح دخان يتضرر به صاحب سُعال، وضيق نفس(☆)، ويتوجه فيه الخلاف. ومن غُرَّ

التصحيح

مسألة ـ ٣١: قوله (ومَن وقع في محبرته مالُ غيره بتفريطه فلم يخرج كُسرت مجَّاناً، وإن لم يُفرط، ضمن رب المال كسرَها، فإن بذل رب المال بدله، ففي وجوب قَبُوله وجهان). انتهى. وأطلقهما في «المحرر»، و«شرح الحارثي»، وهما احتمالان مطلقان في «الفصول»:

أحدهما: يلزمه قَبُولُه، اختاره صاحب «التلخيص»، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وهوالصواب؛ لأنَّ الضررَ لا يُزال بالضرر.

والوجه الثاني: لا يلزمه.

(☆)[1] **تنبيه:** قوله: (وإن تلفت حاملٌ أو حملُها من ريح طبيخ عَلم ربُّه ذلك عادةً، ضمن، وقيل: لا، واختاره في «الفنون»؛ لأن منهن من لا تتضرر به، وكريح دخان يتضرر به صاحب سعال وضيق نَفَسٍ). انتهى.

في قوله: اختاره في «الفنون» نظر، فإنه ذكر هذا الكلامَ بعينه في أواخر كتاب الديات[2] عن «الفنون»، ولم يَحْكِ إلاّ احتمالين مطلقين من غير اختيار، فقال: قال في «الفنون»: إن شمَّت حَامل ريحَ طبيخ، فاضطرب جنينُها فماتت أو مات، فقال حنبليٌّ وشافعيان: إن لم يعلموا بها، فلا إثمَ ولا ضمانَ، وإن علموا، وكان عادةً مستمرةً الرائحةُ تقتل، احتمل الضمان، للإضرار، واحتمل لا؛ لعدم تضرر بعض النساء، وكريح الدخان يتضرر بها صاحب السعال وضيق النفس لا ضمانَ ولا إثمَ. انتهى.

الحاشية

....

(١) سقط هذا التنبيه من النسخ الخطية، وقد أثبت من المطبوع.
(٢) ٩/ ٣٨٠ .

الفروع بكثرة ربح في بلد وأمْن طريق، لم يضمن، ذكره في «عيون المسائل»؛ لأنَّه غيرُ متحقق؛ لأنه يمكن الأمنُ بعد الفزع، والعاقل لا يُعَوِّل عليه، وإنما يخرج مُتَّكِلاً، وفي «الانتصار» فيه أيضاً في باب الغصب: هي مشكلة إلاّ أنَّا نقول: فرَّط في قنعه بقوله: ومن نوى جَحْد حقٍّ عليه أو بيده في حياة ربه فثوابُه له وإلاّ فلورثته، نقله ابن الحكم، ومن ندم ورد بعد موت المغصوب منه ما غصبه، برئ من إثمه، لا من إثم الغصب، نقله حرب.

وعند شيخنا: له مطالبته؛ لتفويته الانتفاع به في حياته، كما لو مات الغاصب فرده، (١وارثه، نقله حنبل، قال شيخنا: ولو حبسه عند وقت حاجته، كمدة شبابه، ثم رده في مشيبه فتفويت تلك المنفعة ظلم يفتقر إلى جزاء. قال ابن عقيل وأظن والقاضي أيضاً: معنى رواية حرب: برئ من إثم ذلك: برئ من إثم الغصب، وبقي إثمُ ما أدخل على قلب مالكه من ألم الغصب ومضرة المنع من ملكه مدة حياته١). فلا يزولُ إثم ذلك إلاّ بالتوبة، وذكر أبويعلى الصغير: أن بالضمان والقضاء بلا توبة يزول حقُّ الآدمي ويبقى مجردُ حقِّ اللّه. نقل عبدُ الله فيمن ادَّان على أن يؤدِّيَه فعجز: هذا أسهلُ من الذي اختان وإن مات على عدمه، فهذا واجب عليه، قال شيخنا: يرجى أن يقضيه اللّه[٢] عنه، وقال جده: لا يطالب به في الدنيا ولا الآخرة، وقاله

التصحيح فليس في هذا الكلام ما يدل على اختياره، اللهم إلاّ أن يكونَ اطلع على مكان في «الفنون» آخر، وهو بعيد، واللّه أعلم، فهذه إحدى وثلاثون مسألة في هذا الباب قد صُححت، ولله الحمد.

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في (ط).

(٢) لفظ الجلالة ليس في (ر).

الفروع أبويعلى الصغير بما يقتضي أنه وفاق، وسبق كلام القاضي في تأخير الصلاة[١].

قال شيخنا: وللمظلوم الاستعانةُ بمخلوق، فبخالقه أولى، فله الدعاء [٢]بما آلمه[٢] بقدر ما موجَبُه ألم ظلمه، لا على من شتمه أو أخذ ماله بالكفر، ولو كذب عليه لم يفتر عليه، بل يدعو اللّه بمن يفتري عليه نظيره، وكذا إن أفسد عليه دينه.

قال: ومن ثبت دَيْنُهُ باختياره، وتمكن منه فلم يستوفه حتى مات، طالب به ورثته، وإن عجز هو وورثتُه، فالمطالبة له يومَ القيامة في الأشبه، كما في المظالم، للخبر: «من كانت له عند أخيه مظلمة من دم أو مال»[٣]. لأنها لو انتقلت لما استقر لمظلوم حقٌّ في الآخرة، والإرثُ مشروطٌ بالتمكين من الاستيفاء، كما أنه مشروطٌ بالعلم بالوارث، فلو مات من له عصبةٌ بعيدةٌ لا يعرف نسبه، لم يرثه في الدنيا ولا الآخرة، وهذا عامٌّ في حقِّ اللّه، والعبدُ مشروطٌ بالتمكين؛ من العلم والقدرة، والمجهول والمعجوز عنه كالمعدوم/ ٢/ ٦٣ قال ﷺ لما تعذر رب اللقطة: «هي مالُ اللّه، يؤتيه من يشاء»[٤].

قال أحمد: الدعاء قصاص، ومن دعا على من ظلمه فما صبر، يريد أنه انتصر: ﴿وَلَمَن صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَٰلِكَ لَمِنْ عَزْمِ ٱلْأُمُورِ ۝٤٣﴾ [الشورى: ٤٣] وأجره أعظم، ويُعِزُّه اللّه[٥] ولا يُذِلُّه، واللّه أعلم.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) ١/ ٤١٦.

(٢-٢) ليست في الأصل.

(٣) البخاري (٢٤٤٩)، وأحمد (١٠٥٧٣)، والترمذي (٢٤١٩)، من حديث أبي هريرة.

(٤) أخرجه أبو داود (١٧٠٩)، وابن ماجه (٢٥٠٥)من حديث عياض بن حمار.

(٥) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

باب الشفعة

تثبت بملك للرقبة لا المنفعة، كنصف دار موصًى بنفعها فباع الورثة نصفها، فلا شفعةَ للموصَى له. وذكر شيخنا وجهاً فيمَن اكترى نصفَ حانوت جاره، للمكتري الأول الشفعةُ من الثاني، ويُعتبرُ ثبوتُه* فلا يكفي اليدُ وسبقه، وتثبت لشريك حتى مكاتب.

وقيل: وموقوف عليه إن ملكه، واختار في «الترغيب»: إن قلنا: القسمةُ إفرازٌ، وجبت هي، والقسمةُ بينهما، فعلى هذا: الأصحُّ يؤخذ بها موقوفٌ جاز بيعه، وإنما تَثبت في عَقار* ....

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (ويعتبر ثبوتُه)

أي: ثبوتُ الملك، (وسبقه): أي: سبق الملك.

فرع[1] إذا كان أسفلُ الدارِ لرجل، وعلوُّها مشتركاً، فهل في العلو شفعةٌ لأحد الشريكين على الآخر؟ قال في «التلخيص»: إن كان السقفُ لصاحب السفل، أو مشتركاً بينه وبين أصحاب العلو، فلا شفعة؛ لأنه لا أرض له، فهو كالأبنية المفردة لا يثبتُ فيها على الصحيح من المذهب، وإن كان السقفُ لأصحاب العلوِّ، ففيه الشفعةُ؛ لأن قرارَه كالأرض وفيه وجهٌ آخر، أنه لا شفعةَ؛ لأنه غيرُ مالك السفل، وإنما له عليه حقٌّ، فأشبهَ مستأجر الأرض، خَرَّجَهُ بعضُ أصحابنا، وهذه المسألةُ فاوضتُ فيها بعضَ أكابر[2] أصحابنا، وتقرر حكمُها بيني وبينَه على ما بيَّنْتُ. انتهى كلامه[3] في «التلخيص».

* قوله: (وإنما تثبتُ في عقار)

ظاهرُ كلامهم أن العقار الأرضُ فقط، وأن الغراسَ والبناءَ ليس بعقارٍ؛ لقوله: إن الغراسَ والبناء

(١) في (ق): «قوله».
(٢) ليست في (ق).
(٣) في (ق): «كله».

الفروع

تجبُ قسمتُه، وعنه: أو لا*، اختاره ابن عقيل، وأبومحمد الجوزي وشيخنا، وعنه: وغيره*: إلاّ في منقول ينقسم، فعلى الأول: يُؤخذ غرس وبناءٌ تبعاً، وقيل: وزرعٌ وثمرةٌ، وقيَّد الشيخُ الثمرةَ بالظاهرة، وأن غيرها يدخلُ تبعاً، مع أنه قال في «المغني»[(١)]: إن اشتراه وفيه طَلْعٌ، لم يُؤبَّر فأبَّره، لم يأخذ الثمرةَ بل الأرض والنخلَ بحصته، كشقْص وسَيْف.

التصحيح

....

الحاشية

المفرد لا شفعةَ فيه؛ لأنه ليس بعقارٍ، وإنما يؤخذُ الغراسُ والبناءُ تبعاً؛ أي: إذا بيع الغراسُ والبناءُ مع الأرض، يؤخذُ بالشفعة تبعاً للأرض، وظاهرُ كلامِ أهل اللغة، بل صريحُه، أن النخل عقارٌ، قال في «القاموس»: العقارُ: الضيعةُ، والنخلُ، وذكر اسم العقار لا شيئاً غير ذلك، فعُلِمَ أن النخل لا يؤخذُ بالشفعة، إذا كان مفرداً على الصحيح، وإنْ سُمِّي عقاراً عند أهل اللغة. قال في «المطلع» في باب الحجر: العقارُ، بالفتح: الأرضُ والضِّياعُ، والنخلُ، ومنه قولُهم: ما لَهُ عقارٌ ولا دارٌ، وذُكرَ ذلك عن الجوهري، وقال: قال شيخنا[(٢)]: في مثلَّثه، العَقارُ: متاع البيت وخيار كل شيء، والمالُ الثابتُ كالأرض والشجر، قال: والمراد هنا: ما قالَه الجوهري. انتهى. قلت: وأما مرادُ المصنفِ هنا فنَفْسُ الأرض، ونُقِلَ عن الأصمعي: أن العقارَ: المنزل، والأرض، والضِّياعُ، وعن صاحب «المحكم»: أنه المنزلُ، وعن الزجاج: كلُّ ما له أصلٌ، قال: وقيل: إن النخلَ خاصة يقالُ له: عَقار. -

* قوله: (وعنه: أو لا)

أي: لا يجبُ قسمتُه.

* قوله: (وعنه وغيره)

أي: غير العقار.

---

(١) ٧/ ٤٧٨.

(٢) هو: جمال الدين، محمد بن عبد الله بن مالك الطائي، صاحب الألفية نحويٌّ، مقرئٌ. . . كان إماماً في القرآن واللغة، صنف التصانيف وانتشرت في جميع البلدان. واسم مثلثه: «إكمال الأعلام بمثلث الكلام». (ت٥٦٧٢). «معجم المؤلفين» ٣/ ٤٥٠.

الفروع

وكذا ذكر غيره: إذا لم يدخل أخذ الأصل بحصته، وقيل: وتثبتُ لجار، وحكاه القاضي يعقوب في «التبصرة»، رواية، واختار شيخُنا مع الشركة في الطريق. وسأله أبوطالب: الشفعةُ لمن هي؟ قال: إذا كان طريقُهما واحداً شِرْكاً لم يقتسموا، فإذا صُرفَت الطرقُ وعُرفت الحدودُ، فلا شفعة.

وإن بيعت دارٌ لها طريقٌ في دَرْب لا ينفذُ، فقيل: لا شفعة فيه بالشركة فيه فقط. وقيل: بلى، والأشهرُ: يجب إن كان للمشتري طريقٌ غيره، أو أمكن فتحُ بابه إلى شارع[م١].

وإن كان نصيبُ مشترٍ فوق حاجته، ففي زائد وجهان[م٢]، وكذا دهليز

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (وإن بيعت دارٌ لها طريقٌ في دَرْب لا ينفذُ، فقيل: لا شفعةَ فيه بالشركة فيه[(١)]، فقط، وقيل: بلى، والأشهرُ: يجب إن كان للمشتري طريق غيرُه، أو أمكن فتح بابه إلى شارع). انتهى.

الأشهر: هو الصحيح من المذهب، وجزم به في «التلخيص» وغيره، وقدمه في «المغني»[(٢)]، و«الشرح»[(٣)]، وغيرهما، [(٤)]وصححه في «الفائق» وغيره[(٤)].

والقول الأول، وهو: أنه لا شفعةَ في الطريق بالشركة في الدَّرْب فقط، مال إليه الشيخُ، والشارح، وذكراه احتمالاً.

والقول الثاني: لم أطَّلِعْ على من اختاره.

مسألة ـ ٢: قوله: (وإن كان نصيب مُشتر فوق حاجته، ففي زائد وجهان) انتهى. وأطلقهما الحارثي في «شرحه».

أحدهما: تجب الشفعةُ في الزائد. اختاره القاضي، وابن عقيل.

الحاشية

....

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) ٧/ ٤٤٣.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٧٩.

(٤ ـ ٤) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

جارٍ وصحنه(م٣)، ولو ادعى كلٌّ منهما سبق شرائه فتحالفا، أو تعارضت بينتاهما، فلا شفعةَ، ولو قدم مَنْ لا يراها لجار إلى حاكم، لم يحلف، وإن أخرجه، خرج، نص عليه.

وقال: لا يعجبني الحلف على أمر اختُلفَ فيه. قال القاضي: لأن يمينه هنا على القطع، ومسائلُ الاجتهاد ظنيةٌ، وحمله الشيخ على الورع، وأن للمشتري الامتناعَ به من تسليم المبيع باطناً.

وقال شيخنا: توقف أحمد فيمن عاملَ حيلةً ربويَّةً هل يحلف أنه ما عليه إلاّ رأسُ ماله؟ نقله حرب، ويثبت في شقص مبيع، وقيل: ولو مع خيار مجلس وشرط، وقيل: شرط لمشتر ثبت قدرُ ثمنه ببينة أو إقرار، ويؤخذ بقول مشتر في جهله به وفي قدره، وفي أنه أحدث الغَرْس والبناء، ويقوَّم عرض موجودٌ.

فإن قال: ثمنه مئة، وقام للبائع بينةٌ بمئتين، أخذه الشفيع بمئة، فإن ادعى غلطاً أو كذباً، فوجهان(م٤)، بما استقر عليه العقدُ من ثمن مثلي وقيمة غيره

التصحيح

والوجه الثاني: لا شفعة فيه. قال الشيخ في «المغني»[1]، والشارح: وهو الصحيح. وهو كما قالا.

مسألة ـ ٣: قوله: (وكذا دهليز جار وصحنه). انتهى. وقاله أيضاً الشيخ في «المغني»[1]، والشارح، والحارثي، وغيرهم، وقد علمتَ الصحيح من ذلك [2]في المقيس عليه[2].

مسألة ـ ٤: قوله: (فإن قال: ثمنهُ مئة وقام للبائع بينةٌ بمئتين، أخذه الشفيع بمئة، فإن ادعى غلطاً أو كذباً، فوجهان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»،

الحاشية

....

---

(١) ٧/ ٤٤٣ .

(٢-٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع وقتَ لزومه، ولو تعيَّبَ إن قدر عليه ثلاثة أيام، وعنه: يومين، وعنه: ما رأى حاكم. نقل صالح: للماء حصته (١من الثمن١) وإلا لما اشتراها المشتري،

التصحيح و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[٢]، و«المقنع»[٣]، و«التلخيص»، و«الشرح»[٣]، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: يقبلُ قول المشتري في الغلط ونحوه. قال القاضي: قِيَاسُ المذهب عندي: يُقبلُ قولُه، كما لو أخبرَ في المرابحة ثم[٤] قال: غلطت، بل هنا أولى؛ لأنه قد قامت بينةٌ بكذبه. قال الحارثي: هذا الأقوى. قال في «الهداية» بعد أن أطلقَ الوجهين: بناءً على المخبر[٥] في المرابحة إذا قال: غلطت. انتهى.

وأكثرُ الأصحاب قبلوا قولَه في دعواه الغلط في المرابحة، وصحح قبولُ قوله هنا في «التصحيح»، و«النظم»، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير».

والوجه الثاني: لا يقبل. جزم به في«الكافي»[٦] وغيره، وقدمه ابن رزين في «شرحه» وغيره، واختاره ابنُ عقيل وغيرُه، وهو المذهب، على ما اصطلحناه. ونقل أبوطالب في المرابحة: إن كان البائعُ معروفاً بالصدق قُبِلَ قولُه وإلاّ فلا. قال الحارثي: فيخرج مثلُه هنا، قال: ومن الأصحاب من أبى الإلحاقَ بمسألة المرابحة. قال ابن عقيل: عندي أن دعواه لا تُقبل؛ لأن من مذهبنا أنَّ الذرائعَ محسومةٌ، وهذا فتح باب الاستدراك لكل قول يُوجب حقّاً، ثم فرق بأن/ المرابحة كان فيها أميناً حيث رجع إليه في الإخبار في الثمن، ١٥٤ وليس المشتري أميناً[٧] للشفيع، وإنما هو خصمُه، فافترقا، وقال في «الرعاية الكبرى»: وقيل: يتحالفان، ويفسخ البيع، ويأخذه بما حلف عليه البائع لا المشتري. انتهى.

الحاشية ....

(١ـ١) ليست في الأصل.
(٢) ٧/ ٤٩٤.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٤٩٢.
(٤) ليست في (ط).
(٥) في (ط): «الخبر».
(٦) ٣/ ٥٤٠.
(٧) في (ط): «ابنا».

الفروع

ولا تسقط حصة الماء من الثمن، وفي رجوع شفيع بأرْشٍ على مشترٍ عفا عنه بائعٌ وجهان(م٥)، وإن دفع مكيلاً بوزن، أخذ مثل كيله، كقرض.

واختار في «الترغيب»: يكفي وزنُه؛ إذ المبذولُ في مقابلة الشقص، وقدرُ الثمن معيارُه لا عوضه، وإن أقامَ شفيعٌ ومشتر بينةً بثمنه، احتمل تعارضَهما والقرعةَ، وقيل: بينةُ شفيعٍ(م٦)، ولو أنكرَ الشراء[1]، حلف، فإن

التصحيح

مسألة ـ ٥: قوله: (وفي رجوع شفيع بأرش على مشتر عفا عنه بائع وجهان) انتهى.

قال في «الرعاية الكبرى»: وإن عفا البائعُ عن الأرْش، فرجوع[2] الشفيع به على المشتري يحتمل وجهين. قلت: إن ردَّ البائعُ العوضَ قبل أخْذِ الشفيع الشقص، فالشفيع أولى به. انتهى.

أحدهما: لا يرجع. قلت: وهو الصواب، وهو ظاهرُ كثير من الأصحاب حيث قالوا: يأخذ الشفيع بالثمن الذي استقر عليه العقدُ، ثم وجدته في «المغني»[3]، و«الشرح»[4]، و«شرح ابن رزين»، والحارثي قطعوا بذلك، فلله الحمد.

والوجه الثاني: يرجع، والظاهر: أن المصنف تابعَ ابن حمدان في ذكر الخلاف، وإطلاقه[5]، وفيه نظر.

مسألة ـ ٦: قوله: (وإن أقام شفيعٌ ومشتر بينةً بثمنه، احتمل تعارضَهما والقرعةَ، وقيل: بينةُ شفيع) انتهى.

أحدهما: تُقدم بينةُ الشفيع، هو الصحيح. قال القاضي وابنه أبوالحسين، وأبو الخطاب، وابن عقيل، والشريف أبوجعفر، وأبوالقاسم الزيدي، وصاحب

الحاشية

....

(١) في (ط): «المشتري».

(٢) في (ط): «من رجوع».

(٣) ٧/ ٥٠٩.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٥١٥.

(٥) في (ط): «أطلقه».

الفروع نكل أو أقام الشفيع بينة، أخذه ودفع ثمنه، فإن أصر، ففي بقائه بيده أو يأخذه حاكمٌ الوجهان، وعند القاضي يقال: اقبضه، أو أبرئه منه. وفي «مختصر ابن رزين»: في إنكار مُشْترٍ وجه(م٧).

التصحيح «المستوعب»، وغيرُهم: تُقدَّمُ بينةُ الشفيع. قال الحارثي: ويقتضيه إطلاق الخرقي، والمصنف هنا يعني به: الشيخ في «المقنع»[١]، وجزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«الخلاصة»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم.

والقول الثاني: يتعارضان، وهو احتمالٌ للشيخ في «المغني»[٢]، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

والقول الثالث: يستعملان بالقرعة، وهو احتمالٌ في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]، وأطلق الأقوال في «المغني»[٢] و «الشرح»[٣]، ووجه الحارثي قولاً: القولُ قولُ المشتري؛ لأنه قال: قول الأصحاب مخالفٌ لما قالوه في بينة البائع والمشتري حيث قدموا بينةَ البائع؛ لأنه مدع بزيادة، وهذا بعينه موجودٌ في المشتري هنا، فيحتمل أن يقال فيه بمثل ذلك. انتهى.

مسألة ـ ٧: قوله: (ولو أنكر الشراء[٤]، حلف، فإن نكل أو أقام الشفيعُ بينة، أخذه، ودفع ثمنه، فإن أصر، ففي بقائه بيده أو يأخذه الحاكم الوجهان، وعند القاضي يقال: اقبضه، أو أبرئه منه. وفي «مختصر ابن رزين». في إنكار مشتر وجه). انتهى.

قول القاضي اختاره ابن عقيل، وجزم به الناظم: والقول بإبقاء الثمن في يده قدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وهو قويٌّ، فيبقى في ذمته إلى أن يختارَ أخذَه، والقول بأنَّ الحاكم يأخذه لا أعلم مَن اختاره، وأطلق الأقوال في «المغني»[٥]،

الحاشية ....

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٤٨٩.

(٢) ٧/ ٤٨٩.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٤٩٠.

(٤) في (ط): «المشتري».

(٥) ٧/ ٤٥٣.

الفروع

ولو ادعى شراءه لموليه، ففي الشفعة وجهان(م٨).

وفي «مختصر ابن رزين»: يأخذه بثمنه، فلو أعسر به، وثق، ويأخذ مليءٌ أو من كفله مليءٌ بمؤجل إلى أجل، نص عليه، وإن حلَّ بموت شفيع أو

التصحيح

و«الشرح»[1]، و«شرح الحارثي».

مسألة ـ ٨: قوله: (ولو ادعى شراءَه[2] لموليه، ففي الشفعة وجهان). انتهى. قال في «المغني»[3]، و«الشرح»[4]: وإن قال: اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية، لم تثبت الشفعةُ[5] في أحد الوجهين؛ لأنَّ الملك ثبتَ للطفل، ولا تجب الشفعةُ بإقرار الولي عليه؛ لأنه إيجابُ حقٍّ في مال صغير بإقرار وليه.

والثاني: تثبت، لأنه يملك الشراءَ له فصحَّ إقراره به [6]كما يصح إقراره[6] بعيب في مبيعه. انتهى.

قلت: الصوابُ وجوبُ الشفعة في ذلك، والتعليلُ الأول ليس بقوي، وهو ظاهر ما قدمه المصنفُ في كتاب الإقرار[7]. وقال في «الرعاية الكبرى»: وإن قال: اشتريته لابني الطفل، فهو كالغائب، وقال في الغائب: يأخذه الشفيعُ بإذن حاكم، والغائب على حجته إذا قدم، وقيل: لا شفعةَ فيهما[8]. انتهى. وقال في «الكافي»[9]: فهو كالغائب، في أحد الوجهين. وقال في الغائب: أخذَه الشفيع بإذن الحاكم. انتهى.

الحاشية

....

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/٥١٢.

(٢) في (ط): «شراء».

(٣) ٧/ ٤٩١.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/٤٩٨.

(٥) ليست في (ط).

(٦ ـ ٦) ليست في (ط).

(٧) ١١/ ٣٨٣ .

(٨) في (ط): «فيها».

(٩) ٣/ ٥٣٩.

الفروع مشتر، فعلى الميت، وإن مضى ثم علم، فكحالٍّ (١ذكره في «الانتصار» في حل دَيْنٍ مؤجل بموت١)، ويملكه بمطالبته، وقيل: وقبضه، وقال الشيخ: بلفظ يقتضي أخذه، واعتبر ابنُ عقيل الحكم تارة ودفع ثمنه ما لم يصبر مشتريه، ثم إن عجز، فسخ، وقيل: حاكم، وقيل: بان بطلانه، ولا يعتبر رؤيته قبل تملكه إن صحَّ بيع غائب.

وفي «الرعاية»: الأصحُّ: له التصرفُ فيه قبلَ قبضه وتملكه. وفي «الترغيب»: له حَبْسُه على ثمنه؛ لأن الشفعةَ قهريٌّ، والبيعُ عن رضى، وتخالفه أيضاً في خيار شرط، وكذا خيارُ مجلس من جهة شفيع بعد[٢] تَملُّكه؛ لنفوذ[٣] تصرُّفه قبل قبضه بعد تملُّكه كإرث، وكذا اعتبارُ رؤية شقص، نظراً إلى كونه قهريّاً أو بيعاً، ويتخرج في الكلِّ كذلك نظراً إلى الجهتين، وإن[٤] أبى مشتر قبضه من بائع، أجبر.

وقال أبوالخطاب: قياسُ المذهب: يأخذه شفيعٌ من بائع، ولو أقر البائعُ[٥] وحدَه بالبيع، وجبت بما قال البائع، كما لو اختلفا[٦] في ثمنه وتحالفا، وعهدتُه عليه، وفي غيرها على[٧] مشتر، وقيل: لا شفعةَ، ولا

التصحيح ....

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في الأصل و(ط).

(٢) بعدها في (ط): «أن».

(٣) في (ط): «ليعود».

(٤) في (ط): «فإن».

(٥) في (ط): «بالبائع».

(٦) في (ط): «اختلف».

(٧) ليست في الأصل.

الفروع

تجب في منتقل بلا عوض، وفي عوض غير مالٍ، كنكاح وخلع ودم عمد روايتان(م٩).

التصحيح

مسألة ـ ٩: قوله: و(لا تجب في منتقل) إليه (بلا عوض)، وفيما جعل عوضه غير[1] المال، (كنكاحٍ[2] وخلع) وصلحٍ، عن (دم عمد[3] روايتان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«المقنع»[4]، و«التلخيص»، و«المحرر»، و«الرعاية الكبرى»، و«الفائق»، وغيرهم، وظاهر «الشرح»[4] الإطلاق، وذكر جماعةٌ الخلافَ في وجهين:

أحدهما: لا شفعةَ في ذلك، وهو الصحيح. قال في «الكافي»[5]: لا شفعةَ في ظاهرِ المذهب. قال الزركشي: هذا أشهرُ الوجهين عند القاضي وأكثر أصحابه، قال ابن مُنجَّا في «شرحه»: هذا[6] أولى. قال الحارثي: أكثرُ الأصحاب قالوا بانتفاء الشفعة، منهم أبوبكر، وابن أبي موسى، وأبوعلي[7] ابن شهاب، والقاضي، وأبوالخطاب في «رؤوس المسائل»، وابن عقيل، والقاضي يعقوب، والشريفان، وأبوجعفر، وأبوالقاسم الزيدي، وابن بكروس، والمصنف، وهذا هو المذهب، ولهذا قدمه في المتن. انتهى.

وهو ظاهر كلام الخرقي، وصححه في «التصحيح»، و«النظم»، وجزم به في «العمدة»، و«الوجيز»، و«المنور»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم، وقدمه في «المغني»[8]، و«الشرح»[9]، و«شرح الحارثي»، وغيرهم.

الحاشية

....

---

(١) في (ط): «عين».
(٢) في (ط): «كالنكاح».
(٣) ليست في النسخ الخطية.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٦٥.
(٥) ٣/ ٥٣٠.
(٦) ليست في (ط).
(٧) في (ط): «أبو يعلى».
(٨) ٧/ ٤٤٤ـ٤٤٥.
(٩) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٦٧.

الفروع وعلى قياسه: ما أخذه أجرة أو ثمناً في سَلَمٍ أو عوضاً في كتابة(م١٠) فإن

التصحيح والرواية الثانية: فيه الشفعة، اختاره ابن حامد، وأبوالخطاب في «الانتصار»، وابن حمدان في «الرعاية الكبرى»[1]، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

مسألة ـ ١٠: قوله: (وعلى قياسه ما أخذه أجرةً أو ثمناً في سَلَمٍ أو عوضاً في كتابة) انتهى.

يعني: أنه مثل الذي تقدم، وأن فيه الخلاف المطلقَ، وقد علمتَ الصحيح من المذهب في ذلك، فكذا يكون في هذا، وقطع بأنه مثله في «الرعاية الكبرى». قال في «الكافي»[2]: ومثله ما اشتراه الذميُّ بخمر أوخنزير. قال الحارثي: وطرد أصحابنا الوجهين في الشقص[3] المجعول أجرةً في الإجارةِ، ولكن نقول: الإجارةُ نوعٌ من البيع، فيبعد طردُ الخلاف إذن، فالصحيح على أصلنا جريانُ الشفعةِ قولاً واحداً، ولو كان الشقصُ جُعلاً في جَعالة فكذلك من غير فرق، وطرد صاحب «التلخيص» وغيره من الأصحاب الخلافَ أيضاً في الشقص المأخوذ عوضاً عن نجوم الكتابة، ومنهم من قطع بنفي الشفعة فيه، وهو القاضي يعقوب، ولا أعلم لذلك وجهاً، وحكى بعض مشايخنا فيما قرأت عليه طرد الوجهين أيضاً في المجعولِ رأس مَالٍ في السلم، وهو أيضاً بعيد، فإن السَّلَم نوع من البيع. انتهى كلام الحارثي. وهو الصواب، ثم قال: إذا تقرر، ما قلنا في المأخوذ عوضاً عن نجوم الكتابة، فلو عجز المكاتب[4] بعد الدفع هل تجب الشفعة إذن؟ قال في «التلخيص»: يحتمل وجهين:

أحدُهما: نعم.

والثاني: لا، وهو أولى. انتهى.

الحاشية ....

---

(١) في (ط): «الصغرى».

(٢) ٣/ ٥٣٠.

(٣) في (ط): «النقص».

(٤) في (ط): «الكاتب».

الفروع

وجبت، فقيل: يأخذه بقيمته، وقيل: بقيمة مقابله(م١١)، وإن تَحيَّل لإسقاطها، لم تسقط، قال أحمد: لا يجوز شيءٌ من الحيل في إبطال ذلك، ولا في إبطال حقّ مسلمٍ، ويحرم بعد وجوبها اتفاقاً، قاله شيخنا، فلو أظهر ثمنَه مئةً وكانت قيمتُه عشرين أو أبرأه من ثمانين دفع إليه (١عشرين، ولو باعه بصبرة نقداً أو بجوهرة دفع مثله أو قيمته فإن تعذر١)، فقيمة الشِّقْص، وسأله ابن الحكم: دار بين اثنين باع أحدُهما نصفَ البناء؛ لئلا يكونَ لأحد فيها شفعةٌ، قال: جائز، قلت: فأراد المشتري قسمة البناء وهدمه، قال: ليس ذلك له، يعطى نصْفَ قيمته.

فصل

وهي على الفور، فتسقط بتركها بلا عذر، وإن أشهد وقت علمه، فلا، ثم إن أخر الطلب بعده مع إمكانه(٢) (٣أو قدر على إشهادِ عدلٍ أو مستوري الحال، أو أخبراه فلم يطلب تكذيباً٣)، أو قدرَ معذورٌ على التوكيل فلم يفعله، أونسي المطالبةَ أو البيعَ، أو جهلها، أو ظن المشتري زيداً فبان

التصحيح

مسألة ـ ١١: قوله: (وإن وجبت، فقيل: يأخذُه بقيمته، وقيل: بقيمة مقابله). انتهى. وأطلقهما في «المحرر»، و«الزركشي».

أحدهما: يأخذه بقيمته، وهو الصحيح، اختاره القاضي، وابن عقيل، وابن عبدوس في «تذكرته»، وصاحب «الفائق»، وغيرهم. وصححه الناظم وغيره، وجزم به في «الهداية» وغيره، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير».

والوجه الثاني: يأخذه بقيمة مقابله من مهر ودية، حكاه الشريف أبوجعفر عن ابن

الحاشية

....

(١ ـ ١) ليست في (ر).

(٢) في (ط): «إمكان».

(٣ ـ ٣) ليست في الأصل.

الفروع غيرُه، أو قال: بكم اشتريت؟ أو اشتريت رخيصاً، أو جهلها حتى باع حصته، فوجهان، وكذا لو لم يشهد وبادر بمضي معتاد(م١٢، ٢٣).

التصحيح حامد. قال الشيخ في «المقنع»[١]: وقال غير القاضي: يأخذه بالدية ومهر المثل، فظاهره أنه اختيار غير القاضي من الأصحاب، وفيه نظر.

مسألة ـ١٢ ـ ٢٣: قوله: (وهي على الفور فتسقط بتركها بلا عذر، وإن أشهد وقت علمه، فلا، ثم إن أخر الطلب بعده مع إمكانه، أو قدر على إشهاد عدل أو مستوري الحال، أو أخبراه فلم يطلب تكذيباً، أو قدر معذورٌ على التوكيل فلم يفعله، أو نسيَ المطالِبةَ أو البيعَ، أو جهلها، أو ظنَّ المشتريَ زيداً فبان غيرُه، أو قال: بِكم اشتريت، أو: اشتريت رخيصاً، أو جهلها حتى باع حصَّتَه[٢]، فوجهان، وكذا لو لم يشهد وبادر بمضي معتاد). انتهى. اشتمل كلامُه على مسائل:

المسألة الأولى ـ ١٢: إذا أخرَّ الطلب مَع إمكانه، وكان قد أشهد وقت علمه، فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلافَ، وأطلقه في «النظم»، و«الرعايتين»، و«الفائق»، و«شرح ابن مُنجَّا»، وغيرهم:

أحدهما: لا تسقط الشفعة[٣] بذلك وهو الصحيح، نصره الشيخ، والشارح، وهو ظاهر كلام الخرقي، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، /و «التلخيص»، و«شرح الحارثي»، وقال: هذا المذهب. ١٥٥

والوجه الثاني: تسقط، إذا لم يكن عذرٌ، اختاره القاضي، وابن عبدوس في «تذكرته»، وهو احتمال في «الهداية»، وغيرها.

تنبيه: حكى الشيخ في «المغني»[٤] ومن تبعه: أنَّ السقوطَ قولُ القاضي. قال

الحاشية ....

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/٥٠٢.
(٢) ليست في النسخ الخطية.
(٣) ليست في (ط).
(٤) ٧/٤٦٣.

الفروع والأصحُّ: لا يلزمه قطع حمّام، وطعامٍ، ونافلة. ونقل ابن منصور: لا بد

التصحيح الحارثي: ولم يحكه أحدٌ عن القاضي سواه، والذي عرفت من كلام القاضي خلافه، ونقل كلام القاضي من كتبه ثم قال: والذي حكاه في «المغني»[1] عنه إنما قاله في «المجرد»: إذا لم يكن أشهد على الطلب وليس بالمسألة نبهت[2] على ذلك أن يكون أصلاً لنقل الوجه الذي أراده. انتهى.

المسألة الثانية ـ ١٣: إذا قدر على إشهاد عدل فلم يشهده، فهل تسقط الشفعةُ أم لا؟ أطلق الخلاف فيه. قال في «المغني»[1]، و«الشرح»[3]: وإن وجد عدلاً فأشهده أو لم يشهده، لم تسقط الشفعةُ، قال الحارثي: وإن وجد عدلاً واحداً، ففي «المغني»[1]: إشهاده وترك إشهاده سواءٌ، قال: وهو سهو، فإن شهادة الواحد معمولٌ بها مع يمين[4] الطالب، فيتعين اعتبارُها. انتهى.

قلت: وهو الصوابُ، فهذا المذهبُ، أعني: أنها تثبتُ بإشهادِ عدلٍ، وهو ظاهرُ ما جزم به في «الوجيز».

المسألة الثانية ـ ١٤: لو قدر على إشهاد مستوري الحال فلم يشهدهما، فهل تسقط الشفعةُ أم لا؟ أطلق الخلافَ، وأطلقه في «المغني»[1] و«الشرح»[3]، و«شرح الحارثي».

قلت: قواعد المذهب تقتضي أنها لا تسقط بعد[5] إشهادهما؛ لأنَّ وجودهما كعدمهما[6]؛ لأنَّ شهادة مستوري الحال لا تقبل، على الصحيح من المذهب، فهي كالفاسقة بالنسبة إلى عدم القبول، لكن لندرة وجود العدلين ظاهراً وباطناً ينبغي أن يشهدهما ولو لم نقبلهما، ولا تبطل شفعَتُه، والله أعلم.

الحاشية ....

(١) ٧/ ٤٦٣.

(٢) في (ط): «بنيت».

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٩٨.

(٤) في (ط): «عين».

(٥) ليست في (ط).

(٦) بعدها في (ط): «شهادة».

الفروع من طلبه حين يسمع حتى يعلم طلبه، ثم له أن يخاصم ولو بعد أيام، وعنه:

التصحيح **المسألة الرابعة ـ ١٥**: لو أخبره عدلٌ واحدٌ فلم يصدقه، فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المحرر»:

أحدهما: تسقط، وهو الصحيح، جزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[(١)]، و«الوجيز»، و«المنور»، وغيرهم، وقدمه في «المغني»[(٢)]، و«التلخيص»، و«الشرح»[(٣)]، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته» وغيره.

والوجه الثاني: لا تسقط، ذكره الآمدي والمجد، وصححه الناظم، وهما احتمالان للقاضي وابن عقيل. قال في «التلخيص» بناء على اختلاف الروايتين في الجرح والتعديل: و[(٤)] الرسالة هل يقبل فيها خبر الواحد أم يحتاج إلى اثنين؟. انتهى.

قلت: الذي ظهر لي أنهما ليسا مبنيين على ذلك، والصحيح من المذهب هناك أنه لا يقبل إلاّ اثنان، وهنا الصحيح أنه يقبلُ واحد، كما تقدم، ويؤيده أن المصنفَ قال هناك: المذهب: لا يقبل إلاّ اثنان، قدمه في «المحرر»، وهنا أطلق الخلافَ، هو وصاحب «المحرر»، والله أعلم.

المسألة الخامسة ـ ١٦: لو أخبره مستورا الحال فلم يصدقهما، فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: تسقط، قدمه في «الفائق».

والوجه الثاني: لا تسقط، وهو ظاهر كلامه في «الوجيز». قلت: الصواب أن الحكم هنا كالحكم في إشهادهما، على ما تقدم.

الحاشية ....

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/٣٩٩.

(٢) ٧/٤٥٦.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/٤٠٢.

(٤) في (ط): «أو».

الفروع يختص بالمجلس، اختاره الخرقي وابن حامد والقاضي وأصحابُه، وعنه:

التصحيح **المسألة السادسة ـ ١٧**: لو قدر معذور على التوكيل، فلم يفعل، فهل تسقط الشفعة بذلك أم لا؟ أطلق الخلافَ.

أحدهما: لا تسقط، وهو الصحيح، نصره صاحب «المغني»[١]، و«الشرح»[٢].

والوجه الثاني: تسقط، اختاره القاضي.

المسألة السابعة ـ ١٨: لو نسي المطالبة أو البيع أو جهلها[٣] فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلافَ:

أحدهما: تسقط، قال الشيخ في «المغني»[٤]: إذا ترك الطلب نسياناً، أو البيع أو تركه جهلاً باستحقاقه، سقطت شفعته، وقدمه في «الشرح»[٥]، وقاسه هو والشيخ في «المغني»[٤] على الرد بالعيب، وفيه نظرٌ.

والوجه الثاني: لا تسقط. قلت: وهو الصواب. قال الحارثي: وهو الصحيح، قال: ويحسن بناءُ[٦] الخلاص على الروايتين في خيار المعتقة تحت العبد إذا أمكنته من الوطء جهلاً بملكها الفسخ. انتهى. قلت: الصحيح من المذهب سقوطُ خيار المعتقة بذلك.

المسألة الثامنة ـ ١٩: لو أخر الطلب جهلاً بأن التأخيرَ مسقط، فإن كان مثلُه لا يجهله، سقطت؛ لتقصيره، وإن كان مثله يجهله، فقال في «التلخيص»: يحتمل وجهين. انتهى.

أحدهما: لا تسقط، قال الحارثي: وهو الصحيح، وجزم به في «الرعاية»، و«النظم»، و«الفائق»، وغيرهم، وهو الصواب.

الحاشية ....

---

(١) ٧/ ٤٦٣ـ٤٦٤.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٩٣.

(٣) في (ح): «جهلهما».

(٤) ٧/ ٤٥٨.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٤٠٥.

(٦) في (ط): «بنا».

الفروع على التراخي، كخيار عيبٍ، وتسقط بتكذيبه عدلين، لا بدلالته في البيع، ورضاه به، وضمان ثمنه وتسليمه عليه.

التصحيح والوجه الثاني: تسقط.

تنبيه: قد يقال: إن هذه المسألة لم تدخل في كلام المصنف، بل هو الظاهر، ولكن ذكرناها لمجرد احتمال أنها داخلة في كلامه، ولا يضرنا ذلك. والله أعلم.

المسألة التاسعة ـ ٢٠: لو ظن أن المشتريَ زيد فلم يطالب بها، فبان غيرُه، فهل تسقط الشفعةُ أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الرعاية الكبرى» في موضع فقال: يحتمل وجهين:

أحدهما: لا تسقط، وهو الصحيح، جزم به في «المغني»[١]، و«المقنع»[٢]، و«الشرح»[٣]، و«شرح ابن مُنجّا»، والحارثي، و«التلخيص»، و«الرعاية الصغرى»، و«الفائق»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم، و«الرعاية الكبرى»، في موضع آخر.

والوجه الثاني: تسقط، ولم أرَ من اختاره.

تنبيه: في إطلاق المصنف الخلاف في هذه المسألة نظر، مع قطع هؤلاء الجماعة بأحد القولين، وعدم اختيار أحدٍ للقول الآخر فيما اطلعنا عليه من الكتب.

المسألة العاشرة ـ ٢١: لو قال[٤] بكم اشتريت؟ أو: اشتريت رخيصاً، فهل تسقط الشفعةُ بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «التلخيص»، و«الرعاية الكبرى»:

أحدهما: تسقط. قلت: وهو موافق لقواعد المذهب مع علمه.

والوجه الثاني: لا تسقط.

المسألة الحادية عشرة ـ ٢٢: لو جهلها حتى باع فهل تسقط شفعَتُه أم لا؟ أطلق

الحاشية ....

---

(١) ٧/ ٤٥٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٩٥.

(٣) المقنع مع الشرح الكبيروالإنصاف ١٥/ ٤٠١.

(٤) في (ط): «قلت».

الفروع ....

التصحيح الخلاف، وأطلقه في «المقنع»[١]، و«التلخيص»، و«الرعاية»، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا تسقط، وهو الصحيح، اختاره أبوالخطاب، وابن عبدوس في «تذكرته». قال الحارثي: هذا أظهرُ الوجهين، وصححه في «التصحيح»، و«النظم»، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، وغيرهم.

والوجه الثاني: تسقط، اختاره القاضي[٢] في «المجرد».

المسألة الثانية عشرة ـ ٢٣: لو لم يُشْهِد ولكن بادر بمضي معتاد فهل تسقط الشفعة بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[٣]، و«التلخيص»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، والزركشي وغيرهم:

أحدهما: تسقط الشفعة، وهو الصحيح، وهو ظاهرُ كلام الإمام أحمد في رواية أبي طالب، واختاره الخرقي وابن عبدوس في «تذكرته»، قال الحارثي: عليه أكثرُ الأصحاب، وقدمه في «شرحه»، و«المغني»[٤]، و«الشرح»[٥]، ونصراه وجزم به في «العمدة»، و«الوجيز» وغيرهما.

والوجه الثاني: لا تسقط، بل هي باقيةٌ، قال القاضي: إن سار عقب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إشهاد، احتمل أن لا تبطل شفعته. انتهى. [٦]وقطع به في «المحرر»و «المنور»[٦] قلت: وهو قويٌّ.

الحاشية ....

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٨٤.
(٢) ليست في (ط).
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٩٠.
(٤) ٧/ ٤٦٢.
(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٩٢.
(٦ـ٦) ليست في النسخ الخطية.

الفروع والأصح: ولو دعا بعده له في صفقته* أو بالمغفرة و[(١)] نحوه، ولا بإسقاطها قبله، وفيه رواية: ولا بتوكيله فيه لأحدهما في الأصح، وقيل: لوكيل بائع، وقيل: عكسه، ومثله وصيٌّ وحاكمٌ، ولو ترك الوليّ شفعةَ[(٢)] مُوَلِّيه[(٣)]، فنصه[(٤)]: ....

التصحيح

تنبيهان:

أحدهما: ظاهر مُا حكاه المصنف من الخلاف في هذه وجهَيْن، وكذا حكاهما صاحب «الهداية» و «المقنع»[(٥)]، وغيرهما من الأصحاب، وقال الحارثي عن حكاية الشيخ في «المقنع»[(٥)] لهما وجهين: إنما هما روايتان، ثم قال: وأصل الوجهين في كلامه وكلام أبي الخطاب احتمالان أوردهما القاضي في «المجرد»، والاحتمالان إنما أوردهما في الإشهاد على السير للطلب، وذلك مغايرٌ للإشهاد على الطلب حين العلم، ولهذا قال في «المقنع»[(٣)]: ثم إن أخَّر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه، أي: إمكان السير للطلب مواجهةً، فلا يصحُّ إثباتُ الخلاف، وإذ[(٦)] الطلبُ الأولُ مُتلقًّى[(٧)] عن الخلاف في الطلب الثاني. انتهى.

[(٨)]**الثاني**: قوله: وعنه يختص بالمجلس اختاره الخرقي. انتهى. ليس هذا باختيار الخرقي، بل ظاهرُ كلامه: وجوبُ المطالبة ساعةَ يعلم، فإنه قال: ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعةَ له[(٨)]. انتهى.

الحاشية * **وقوله: (ولو دعا بعده في صفقته)**

مثل أن يقول: بارك الله لك في صفقتك.

---

(١) في (ط): «أو».

(٢) في (ر): «منفعه».

(٣) في (ط): «مواليه».

(٤) في الأصل: «قبضه».

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٣٩٠.

(٦) في (ط): «إذا».

(٧) في النسخ الخطية: «مكتفى»، والمثبت من (ط).

(٨ ـ ٨) ليست في (ح).

الفروع

لا تسقط، وقيل: بلى، وقيل: مع عدم الحظِّ(م٢٤).

ولو أخذ بها ولا حظّ لم يصحَّ، على الأصحِّ وإلاّ استقر أخذه، ولو قسم المشتري على الشفيع لغيبته، فإن للحاكم ذلك، في أحد الوجهين(م٢٥)، أو

التصحيح

مسألة ـ ٢٤: قوله: (ولو ترك الوليُّ شفعة مُوَلِّيه، فنصه: لا تسقط، وقيل: بلى، وقيل: مع عدم الحظِّ). انتهى. /

١٥٦

أحدهما: لا تسقط مطلقاً، وهو الصحيح، نص عليه، وهو ظاهرُ كلام الخرقي، قال في «المحرر»: اختاره الخرقي، قال في «الخلاصة»: وإذا عفا وليُّ الصبي عن شفعته لم تسقط. انتهى.

وقدمه في «المحرر»، و«الفائق»، قال الحارثي: هذا المذهبُ عندي وإن كان الأصحابُ على خلافه؛ لنصه في خصوص المسألة على ما بينا انتهى.

والوجه الثاني: تسقط مطلقاً، وليس للولد الأخذ بها إذا كبر، اختاره ابنُ بطة وكان يفتي به، نقله عنه أبوحفص، وجزم به في «المنور».

والوجه الثالث: إن كان فيها حظ لم تسقط وإلاّ سقطت، وعليه أكثرُ الأصحاب، قال الزركشيُّ: اختاره ابنُ حامد وتبعه القاضي وعامَّة أصحابه، قال الحارثي: هذا ما قاله الأصحاب. انتهى.

واختاره الشيخ تقي الدين، وجزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الوجيز»، وغيرهم، وهو ظاهر ما قدمه في «المقنع»[1].

مسألة ـ ٢٥: قوله: (ولو قسم المشتري على الشفيع لغيبته، فإن للحاكم ذلك، في أحد الوجهين). انتهى.

ظاهرُ ما قطع به في القاعدة الثالثة والعشرين: الجواز، ويأتي لفظه في باب القسمة[2]. وقال ابن نصر الله في «حواشي الفروع» في هذه المسألة: جزم به[3] في

الحاشية ....

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٤١٠.
(٢) ١١/ ٢٣٧.
(٣) ليست في (ط).

الفروع قاسَمَ[١] وكيله أو هو لإظهاره له زيادةَ ثمنٍ أو هبةٍ أنه اشتراه لغيره ونحوه، ثم بنى وغرس، ثم علم الشفيعُ بشفعته[٢]، فهي باقيةٌ/ ولربهما[٣] أخذهما[٤]، ٢/٦٤ وعند ابن عقيل: مع عدم الضرر، وجزم به الأدميُّ البغدادي، ولا يضمن نقصها بالقلع في الأصح، فإن أبى، أخذه الشفيعُ بقيمته حين تقويمه، أو قلعه[٥] وضمن نقصه من القيمة، وفي «الانتصار»: أو أقرَّه بأجرة، فإن أبى، فلا شفعةَ، ونقل الجماعة: له قيمةُ البناء ولا يقلعه.

ونقل سندي: أله قيمة البناء أم قيمة النقص؟ قال: لا، قيمة البناء، وقال: إنهم يقولون: قيمة النقص، وأنكره ورده، وقال: ليس هذا كغاصب. ولا أجرة له مدة بقاء زرع مشتر في الأصحِّ، وإن حفر بئراً، أخذها، ولزمه أجرةُ مثلها، ولا يملك أخذَ بعض الشقص، فإن تلف بعضه، أخذ باقيه بحصته من ثمنه، فلو اشترى داراً بألف تساوي ألفين فباع بابها أو هدمها فبقيت بألف، أخذها بخمس مئة بالقيمة من الثمن، نص عليه.

التصحيح «المحرر» بأن الحاكمَ يقسم على الغائب في قسمة الإجبار، والقسمة هنا لا تكون إلاّ في قسمة الإجبار. انتهى.

قلت: وكذا قال في «الرعايتين»، و«الوجيز»، و«الحاوي»، وغيرهم، وقد أطلق المصنفُ الخلافَ في باب القسمة وجهين فيما إذا غاب وليُّ من ليس أهلاً هل يقسمه الحاكم أم لا؟ عن صاحب «الترغيب»، واقتصر عليه، ويأتي تصحيح ذلك إن شاء الله تعالى.

الحاشية ....

---

(١) في (ر): «قسام».

(٢) في (ر): «بشفيعه».

(٣) في الأصل: «لربها».

(٤) في (ر): «أحدهما».

(٥) في (ر): «علقه».

الفروع

وقال ابن حامد: إن كان تلفهُ سماوياً[1]، لزمه أخذه بجميعه، ولو كان المبيع شقصاً وسيفاً، فلهُ أخذُ الشقص بحصته [2]من الثمن[2]، فيقسم ثمنهما على قيمتهما، نص عليه، وقيل: لا شفعة.

فصل

إذا تعدد المشتري، فصفقتان، له أخذ إحداهما، وكذا إن تعدد العقد، فإن أخذ بثانيهما، ففي مشاركة المشتري فيه أوجه، الثالث: إن عفا الشفيعُ عن أولهما شاركه(م٢٦).

التصحيح

مسألة ـ ٢٦: قوله: (إذا تعدد المشتري، فصفقتان، له أخذ إحداهما، وكذا إن تعدد العقد، فإن أخذ بثانيهما، ففي مشاركة المشتري فيه أوجه، الثالث: إن عفا الشفيعُ عن أولهما شاركه). انتهى. وأطلق الأوجه في «المغني»[3]، و«المقنع»[4]، و«الشرح»[4]:

أحدهما: يشاركه المشتري في شفعته، وهو الصحيح، صححه في «التصحيح» و«النظم»، و«شرح الحارثي»، وغيرهم، وجزم به في «المستوعب»، و«التلخيص»، و«الرعايتين»، و«الفائق»، وغيرهم، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

والوجه الثاني: لا يشاركه فيها، اختاره القاضي وابن عقيل.

والوجه الثالث: إن عفا الشفيعُ عن الأول شاركه في الثاني، وإن أخذ بهما جميعاً، لم يشاركه.

الحاشية ....

---

(١) في (ر): «مساويا».

(٢ ـ ٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) ٧/ ٥٠٤.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٤٢٩.

الفروع

وإن تعدد البائعُ أو المبيعُ، فوجهان*(م٢٧، ٢٨).

التصحيح

مسألة ـ ٢٧ ـ ٢٨: قوله: (وإن تعدد البائع، أو المبيع، فوجهان.) انتهى. شمل مسألتين:

المسألة الأولى ـ ٢٧: إذا تعدد البائع والمشتري واحد؛ بأن باع اثنان نصيبَهما من واحدٍ صفقةً واحدةً، فهل للشفيع أخذُ أحدهما أو لا[١] يأخذ إلاّ الكلَّ أو يترك؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المحرر»، و«الرعاية الكبرى»:

أحدهما: له أخذُ أحدهما، وهو الصحيح، وعليه أكثرُ الأصحاب، قال الحارثي: عليه الأصحاب، حتى القاضي في «المجرد»؛ لأنهما عقدان؛ لتوقف نقل الملك عن كل واحدٍ من البائعين على عقد، فملك الاقتصار على أحدهما، كما لو كانا متعاقبين، أو المشتري اثنان، وجزم به في «الكافي»[٢]، و«الوجيز»، وغيرهما، وصححه في «الخلاصة»، و«المقنع»[٣]، و«شرح ابن مُنجَّا»، وغيرهم، وقدمه في «الهداية»، و«التلخيص»، و«المغني»[٤]، و«الشرح»[٣] ونصراه، وغيرهم.

والوجه الثاني: ليس له إلاّ أخذُ الكلِّ أو التركُ، اختاره القاضي في «الجامع الصغير»، و«رؤوس المسائل»، وذكر المصنف كلامه في «الفنون».

المسألة الثانية ـ ٢٨: إذا تعدد المبيعُ بأن[٥] باع شقْصين[٦] من مكانين لواحدٍ صفقةً واحدةً فهل له أخذُ أحدهما بالشفعة أو ليس له إلاّ أخذُ الجميع أو التركُ؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المحرر»، و«الرعاية»:

الحاشية

* **وقوله: (وإن تعدد البائعُ[٧] أو المبيعُ فوجهان).**

أي: هل تتعدد الصفقةُ بتعدد البائع، أو المبيع؟ فيه وجهان، وقيل: تتعددُ الصفقةُ بتعدد البائعِ،

---

(١) ليست في النسخ الخطية.
(٢) ٣/ ٥٣٥.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٤٣٦.
(٤) ٧/ ٥٠٤.
(٥) في (ط): «فإن».
(٦) في (ح) و(ط): «شفعتين».
(٧) ليست في (ق).

الفروع

وقيل: بتعدد البائع، جزم به في «الفنون»، وقاسه على تعدد المشتري بما يقتضي أنه محلُّ وفاق؛ لأنه يثني الإيجاب، وهنا يثني القَبُول، بخلاف تعدد الصفقة، فإنه لا يلزم تثنية العقد بالمعقود عليه، وإن قَبِل نصفهما بنصف الثمن أو باعه كلًّا[1] منهما، بكذا فقبل أحدهما بثمنه، ففي الصحة خلافٌ في «الانتصار»(م٢٩، ٣٠).

التصحيح

أحدهما: له أخذُ أحدهما، وهو الصحيح، قال الحارثي: هذا المذهبُ، وجزم به في «الوجيز»، و«نظم المفردات»، وغيرهما، وصححه في «الخلاصة»، و«المقنع»[2]، و«شرح ابن مُنجّا»، وغيرهم، وقدمه في «الهداية»، و«الفصول»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الكافي»[3]، و«المغني»[4]، و«الشرح»[2]، ونصراه، وغيرهم.

والوجه الثاني: ليس له إلاّ أخذُ الكلِّ أو التركُ، وهو احتمال في «الهداية». قال بعضهم: اختاره القاضي في «المجرد».

تنبيه: قد بان لك أنَّ في إطلاق المصنف الخلافَ في هاتين المسألتين نظراً؛ لاختيار جمهورِ الأصحابِ لأحدهما، وقوته من حيث المعنى، والله أعلم.

مسألة ـ ٢٩ ـ ٣٠: قوله: (وإن قَبِلَ نصفهما بنصف الثمن أو باع كلاً منهما بكذا فقبل أحدهما بثمنه، ففي الصحة خلافٌ في «الانتصار»)، انتهى. ذكره في رد أحد

الحاشية

كما جزمَ به في «الفنون». قال في «الفصول»: فإن كانت الدارُ بين ثلاثة أنفس، فباع اثنان نصيبَهما من اثنين صفقةً واحدة، كانت الصفقةُ في حكم أربعةِ عقودٍ متفرقة، لكل عقدحكمُ نفسه، فيكون الشفيعُ مخيّراً، إن شاءَ أخذ الكلَّ منهما، أو ثلاثةَ أرباعه منهما، أو النصف من أحدهما، أو الربع من أحدهما.

---

(١) في (ر): «كل».

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٥/ ٤٣٦.

(٣) ٣/ ٥٣٤.

(٤) ٧/ ٥٠٦.

الفروع

وإن قَبل أحدُ مشتريين نصفَه بنصف ثمن، صحَّ، وجزم به ابن عقيل في «الفنون» وغيره؛ لأنه قبل جميع ما أوجبه له[١]، وكذا مشترٍ من بائعين، ويتوجه: الوجه*، ولو اشترى وكيلُهما من زيد شقصاً، أو باعَ ملكيهما، فهل يعتبر به أو بهما؟ فيه وجهان(م٣١، ٣٢)، فإن اجتمع شفعاءُ، فهي على قَدْر[٢]

التصحيح

المبيعين بالعيب، والذي يظهر: أن هذا الحكم في صحة البيع هل يصح أم لا؟ وفيه مسألتان:

المسألة الأولى ـ ٢٩: لو أوجب شِقْصَيْنِ[٣] من مكانين في البيع بثمن معين فقبل المشتري نصفهما بنصف الثمن، فهل يصح البيع أم لا؟ حكى في «الانتصار» خلافاً في ذلك.

قلت: الصوابُ عدمُ الصحة، فلا بد من إيجابٍ في المجلس غير ما تقدم، وقد قطع في «الكافي»[٤] في الخلع فيما إذا قال: بعتك عبيدي الثلاثة بألف فقال: قبلت[٥] واحداً بثلث الألف، أنه لا يصح، وهذه قريبة منها.

المسألة الثانية ـ ٣٠: لو باع شيئين[٣] صفقةً واحدةً، كل واحد منهما بكذا، فقبل أحدهما بثمنه فهل يصح البيع أم لا؟ حكى في «الانتصار» خلافاً في ذلك. قلت: الصوابُ هنا الصحةُ.

مسألة ـ ٣١ـ ٣٢: قوله: (ولو اشترى وكيلهما من زيد شقصاً أو باع ملكيهما، فهل يعتبر به أو بهما؟ فيه وجهان) انتهى. وفيه مسألتان:

الحاشية

*** قوله: (ويتوجهُ الوجهُ)**

أي: الوجه الذي ذكرَهُ في «الانتصارِ» لأنه قال: ففي الصحةِ خلافٌ، فعُرِفَ أن فيه قولاً لا يصحُّ، فوجَّهَ المصنِّفُ هذا في هذه المسألة أيضاً؛ لأنه قَبِلَ بعضَ البيعِ ببعضِ الثمنِ.

(١) ليست في الأصل .
(٢) ليست في (ر) .
(٣) في (ط): «شفعتين».
(٤) ٣/ ٥٣٤.
(٥) ليست في (ط).

الفروع

ملكهم، اختاره الأكثر، فَدَارٌ بين ثلاثة، نصفٌ وثلثٌ وسدس، فباع ربُّ الثلث، فالمسألة من ستة، فالثلث بينهما على أربعة، لرب النصف ثلاثةٌ، وللسدس واحدٌ، وعلى هذا فقس، وعنه: على عددهم، ولا يرجح أقربُ ولا قرابةٌ، وإن عفا بعضُهم أو غاب، فلغيره أخذُ كله أو تركُه فقط، نص عليه.

التصحيح

المسألة الأولى ـ ٣١: (إذا اشترى وكيلُ اثنين من زيد شقصاً [(١] أو باع ملكيهما، فهل يعتبر به أو بهما؟ فيه وجهان). انتهى [١)].

المسألة الثانية ـ ٣٢: لو باع وكيلهُما ملكيهما، فهل الاعتبار بالوكيل في المسألتين أم بالموكلين؟ أطلق الخلاف. قلت: الصواب أن الاعتبار بهما؛ لأن وكيلَهما بمنزلتهما أشبه ما لو باشرا العقد، والله أعلم.

فإذا قلنا: الاعتبار بالموكلين ففي المسألة الأولى تعدد المشتري، وفي المسألة الثانية تعدد البائع، وقد تقدم حكمهما في كلام المصنف في الأولى وهنا في الثانية. قال في «المغني»[(٢)]، و«الشرح»[(٣)]: لو كانت دارٌ لثلاثة فوكل أحدُهم شريكَه في بيع نصيبه فباعهما لرجلٍ واحدٍ فلشريكهما الشفعةُ فيهما، وهل له أخذُ أحدِ النصيبين دون الآخر، فيه وجهان، وعللاهما، وهذه شبيهة بمسألة المصنف الثانية. وقال في «الرعاية الكبرى»: وإن اشترى وكيل اثنين من زيد شقصاً في عقد، فهل يعتبر به أو بهما أو بوكيل المشتري؟.

قلت: يحتمل أوجهاً. انتهى.

وهذه مسألة المصنف الأولى، وظاهرُ كلامه في «الرعاية»: أنه لم يجد في المسألة نقلاً في المذهب، فحينئذ في إطلاق المصنف الخلاف نظرٌ، ويحتمل أن يكونَ وجد نقلاً، واختلف الأصحاب في الترجيح، وهو بعيد، وتقدم الجواب عن ذلك في المقدمة[(٤)]، فهذه اثنتان وثلاثون مسألة في هذا الباب.

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في النسخ الخطية.

(٢) ٥٠٧/٧.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٤٣١/١٥.

(٤) ٣٦/١ .

الفروع

ولا يؤخر بعضَ ثمنه ليحضر الغائب، فإن أصرَّ، فلا شفعة، والغائب على حقِّه، ولا يطالبه بما أخذه من غَلَّتِهِ، ولو كان المشتري شريكاً أخذ بحصته، نص عليه، فإن عفا ليلزم به[1] غيرَه، لم يصحَّ، وتصرُّف مشتر بعد طلب الشقص منه باطلٌ، مطلقاً، ويصح قبله، فإن وقفه أو وهبه ونحوه، وقيل: أو رهنه، سقطت، وقال أبوبكر: لا، ويفسخ تصرفه وثمنه له* حتى لو جعله مسجداً.

وفي «الفصول»: عنه: لا؛ لأنّه شفيع، وضعفه بوقف غصب أو مريض مسجداً وإن باعه ونحوه أخذه بثمن أيِّ البيعين شاء، وقال ابن أبي

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (وثمنُهُ له)

ظاهرُه: أنه يبطلُ الوقفُ، وقد ذكرَ المصنفُ في باب العارية فيما[2] إذا وقف المستأجرُ الغراسَ أو[3] البناءَ، ولم يترك بالأجرة، أنه يتوجهُ أن لا يبطلَ الوقفُ مطلقاً، ولم يذكر سوى ذلك، فإذا تملَّكهُ صاحبُ الأرض بالقيمة، وقلنا بما وجَّهه المصنفُ، فالذي يظهرُ أن هنا مثلَهُ وعلى قوله هنا: أن ثمنَه له؛ يكونُ في مسألةِ الإجارةِ كذلك، فتصيرُ المسألتان على قولين؛ لأنه لا يتضحُ لي فرقٌ بينهما، وهذا فيما تملّكهُ ربُّ الأرضِ، وأما إذا قلع الغراسَ، أو البناءَ في مسألةِ الإجارةِ، فبقاؤه على الوقفِ ظاهرٌ؛ لأن أعيانَ الوقفِ باقيةٌ على الوقفية. واعلم أن ما ذكره المصنف في مسألةِ الإجارةِ من أن الوقفَ لا يبطلُ ظاهر جدّاً، لا أنه يشكِلُ بما ذكره في مسألةِ الشفعة، وقد يقالُ: الفرقُ بينهما: أن ربَّ الأرض يأخذُ الغراسَ والبناءَ من الموقوفِ عليه، ولا يفسخُ عقدُ الوقفِ، فيصيرُ بمنزلةِ الوقفِ إذا بيعَ بطريقٍ شرعيٍّ، فيشتري بثمنه ما يقومُ مقامَ ذلك. وأمّا في مسألة الشفعةِ، إنما يؤخذُ من المشتري الذي وجبت عليه الشفعةُ، فيفسخُ عقد الوقفِ، ويؤخذُ ذلك حالَ كونِهِ مُلْكاً، لا وقفاً، وإذا فُسخَ عقدُ الوقفِ صارَ كأنه لم يوجد، ويكونُ الثمنُ لمن

(١) ليست في الأصل.
(٢) ليست في (د).
(٣) في (د): «و».

الفروع موسى[١]: ممن هو في يده، ويرجع مَن أخذه منه على بائعه بما أعطاه، وإن آجره، انفسخت من وقت أخذه. وقيل: بل له الأجرة، وفيها في «الكافي»[٢] الخلافُ في هبة، وإن نمى بيده نماءً متصلاً، كشجر كبر، وطلْع لم يُؤبَّرْ تبعه في العقد والفسخ، وإلاّ فهو لمشتر إلى الجذاذ بلا أجرة؛ لأن الشفيع كمشتر، وكذا زرعه له إلى حصاده.

وقيل: بأجرة، فيتوجه تخريج في الثمرة، وإن فسخ البيع بإقالة، وفيه رواية، أو عيب في الشقص، وفيه وجه، فللشفيع أخذه. وإن فسخ البائعُ لعيب في ثمنه المعين فإن كان قبل الأخذ بالشفعة، فلا شفعةَ، وإلاّ استقرت، وللبائع إلزامُ المشتري بقيمة شقصه، ويتراجع المشتري والشفيع في الأصحِّ بما بين القيمة والثمن، فيرجع دافع الأكثر بالفضل.

ولا شفعةَ لكافر على مسلم، نص عليه، وقيل: ولا لكافر على كافر والبائعُ مسلمٌ، فإن تبايع كافران بخمر شقصاً، فلا شفعةَ في الأصحِّ، كخنزير، بناءً على قولنا: هل هي مالٌ لهم، والله أعلم.

التصحيح ....

الحاشية ١٧٠ وجبت عليه الشفعةُ، فإن صحَّ ذلك، صار الأمرُ على ما ذكره المصنفُ، وامتنعَ/ تخريجُ حكمِ كلِّ مسألةٍ إلى الأخرى، والله أعلم.

---

(١) في الإرشاد ص٢٢٦.

(٢) ٣/ ٥٤١.

الفروع

باب إحياء الموات

وهي الأرضُ الداثرةُ(١) التي لم يُعْلَم أنها ملكت، وكذا إن ملكها مَن لا حُرمة له وباد، كحربي، وآثار الروم على الأصحِّ، نقل أبوالصقر في أرض بين قريتين ليس فيها مزارعُ ولا عيونٌ وأنهارٌ تزعم كل قرية أنها لهم في حرمهم، فإنها ليست لهؤلاء ولا لهؤلاءحتى يعلم أنهم أحيوها، فمن أحياها، فله، ومعناه نقل ابن القاسم، وإن ملكها مَن له حرمةٌ أو شكَّ فيه ولم يعلم، لم تملك؛ لأنَّها فيءٌ، وعنه: بلى، وعنه: مع الشك فيه، اختاره جماعة، وإن علم ولم يُعْقِبْ*، أقطعه الإمامُ، وعنه: يملكه محييه.

قال في «التبصرة»: ولا يملك مسلم بإحياء أرض كفار صُولحوا عليها. ويملك المحيي بحيازته بحائط منيع. نص عليه، وعنه: مع إجراء ماء أو عمارته عرفاً لما يريده له. قال في «المغني»(٢): وإن لم ينصب باباً على بيت، ويملكه بغرس وإجراء ماء. نص عليهما. أو منع ماء* لا بحرث وزرع، قيل لأحمد: فإن كَرَبَ(٣) حولها؟ قال: لا يستحق ذلك حتى يحيط، ويملك(٤) بدون إذن إمام، وفيه وجه، وهو رواية في «الواضح»، ويملك به ذمي في المنصوص.

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (ولم يُعْقِبْ)

أي: ليس له من يرثُه.

* قوله: (أو مَنْعِ ماء)

أي: منع الماء الذي يمنعُ من الانتفاع بها.

---

(١) في (ط): «الدائرة».

(٢) ٨/١٧٨.

(٣) الكَرْب: إثارة الأرض للزرع. «القاموس»: (كرب).

(٤) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

وقال جماعة: لا في دارنا، وقيل: ومثله حربي، ولا يملك به* موات بَلدة كفار صولحوا على أنها لهم، وفيه احتمال، ولا ما قرب من عامر. وتعلق بمصلحته، كطرقه وفنائه ومسيل مائه ومرعاه ومحتطبه وحريمه، ولا يقطعه إمام؛ لتعلق حقِّه به، وقيل: لملكه له، فإن لم يتعلق ملك به، أقطع، وعنه: لا. وإن وقع في الطريق نزاع وقت الإحياء فلها سبعة أذرع، للخبر[(١)]، ولا تغير بعد وضعها؛ لأنَّها للمسلمين. نص عليه.

واختار ابن بطة أن الخبر في أرباب ملك مشترك أرادوا قسمته واختلفوا في قدر حاجتهم، ولا يملك ما نَضَبَ ماؤُه، وفيه رواية: ولا معدنٌ ظاهرٌ، كقار وملح، ولا باطنٌ ظَهَرَ، كحديد، فإن لم يظهر، فكذلك في ظاهر المذهب، ولا يقطعه إمام، كظاهر، واختار الشيخ جوازه، وعن أسماء أن رسول اللّه ﷺ أقطع الزبير نخلاً. إسناده جيد، رواه أبوداود[(٢)].

وقال الخطابي: النخل مالٌ ظاهرٌ، كمعدن ظاهر، فيشبه: إنما أعطاه ذلك من الخُمس الذي هو سهمُه. وله إقطاع موضع بقرب الساحل يصير ماؤه مِلْحاً، والأصح: ويملكه محييه، ويملك المحيا بما فيه حتى معدن جامد ظاهراً كان أو باطناً، وعنه: وجار وكلأ، ويلزمه بذلُ فاضلِ مائه لبهائم غيره إن لم تجد ماء مباحاً ولم ينضرَّ بها، واعتبر القاضي اتصاله بمرعى، ويلزمه لزرع غيره على الأصحِّ.

التصحيح

....

الحاشية

* **قوله: (ويملك به)** أي: بالإحياء.

---

(١) أخرج مسلم (١٦١٣)، من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلفتم في الطريق، جُعل عرضُه سبعَ أذرعٍ».

(٢) في «سننه» (٣٠٦٩).

الفروع

وقال ابن عقيل: لا لزرع نفسه، قال أحمد: إلاّ أن يؤذنه بالدخول، أو له فيه ماء السماء فيخاف عطشاً، فلا بأس أن يمنعَه، قال: وليس له أن يمنع فضلَ ماء ليمنع به الكلأ، واحتج بالخبر[١].

وفي «الروضة»: يكرهُ منعُه فضلَ مائه ليسقي به، للخبر[٢]، ومتى لم يلزمه، باعه بكيل أو وزن/، ويحرم مقدراً بمدة معلومة (م) أو بالري أوجزافاً، قاله القاضي وغيره، وقال: إن باع آصعاً معلومة من سائح، جاز، كماء عين؛ لأنه معدومٌ، وإن باع كلَّ الماء، لم يجز؛ لاختلاطه بغيره.

٢/٦٥

قال جماعة: من حفر بئراً بموات للسابلة فهو كغيره في شرب وسقي وزرع، ويقدم آدمي ثم حيوان، وإن حفرها فيه لارتفاقه كعادة من انتجع أرضاً، فهو أحقُّ ما أقام. وفي «الأحكام السلطانية»: يلزمُه بذل فاضله لشاربه[٣] فقط، وتبعه في «المستوعب»، و«الترغيب»: وإن رحل، فسابلةٌ، فإن عاد، ففي اختصاصه وجهان(م١). وإن حفرها تملكاً أو بملكه الحيِّ،

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (وإن حفرها لارتفاقه كعادة من انتجع أرضاً، فهو أحقُّ ما أقام. . . وإن رحل، فسابلةٌ، فإن عاد، ففي اختصاصه وجهان). انتهى. وأطلقهما في «التلخيص»، و«شرح الحارثي».

أحدهما: عدم الاختصاص، فهو كغيره فيها، اختاره القاضي في «الأحكام السلطانية».

الحاشية

....

---

(١) أخرج البخاري (٢٣٥٣)، ومسلم (١٥٦٦)، من حديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يمنع فضل الماء، ليمنع به الكلأ».

(٢) أخرج البخاري (٢٣٥٩، ٢٣٦٠) ومسلم (١٠٧)، من حديث عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شراج الحرة، التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرِّح الماء يمر، فأبى عليه، فاختصما عند النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «اسق يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك». . . الحديث.

(٣) في الأصل: «لشاربه».

الفروع ملكها، وفي «الرعاية»: في الأقيس، وفي «الأحكام السلطانية»: إن احتاجت طيّاً، فبعده، وتبعه في «المستوعب».

وحريم البئر العادية ـ نسبة إلى عاد، ولم نُرد عاداً بعينها، وعند شيخنا: هي التي أعيدت ـ خمسون ذراعاً من كل جانب. والبديِّ النصف. نص عليه، نقل حرب، وغيره: العادية التي لم تَزُل، وأنه ليس لأحد دخولُه؛ لأنَّه قد ملكه. ونقل ابن منصور: العاديُّ القديمة، وعنه: قدر الحاجة، وقيل: أكثرهما، وذكر أبومحمد الجوزي: إن حفرها في موات، فحريمها خمسةٌ وعشرون ذراعاً من كل جانب، وإن كانت كبيرة، فخمسون، وحريمُ عين خمسُ مئة ذراع. نص عليه، وعند جماعة: قَدْرَ الحاجة، وحريم الشجر مد[1] أغصانها، ولو أذن لغيره في عمله في معدنه والخارج له بغير عوض، صحَّ؛ لقول أحمد: بعه بكذا فما زاد فلك.

وقال صاحبُ «المحرر»[2]: فيه نظرٌ، لكونه هبةَ مجهول، ولو قال: على أن يعطيهم ألفاً مما لقي مناصفةً والبقيةُ له، فنقل حرب: أنه لم يرخِّص فيه،

التصحيح والوجه الثاني: هو أحقُّ بها من غيره، فيختصُّ بها، اختاره أبوالخطاب في بعض تعاليقه. قال السامريُّ: رأيته بخط أبي الخطاب على نسخةِ «الأحكام السلطانية».

قال محفوظ يعني نفسهَ: الصحيحُ: أنهم إذا عادوا كانوا أحقَّ بها؛ لأنها ملكُهم بالإحياء، وعادتهم أن يرحلوا كل سنة ثم يعودون، فلا يزول ملكُهم عنها بالرحيل. انتهى. قلت: وهو الصواب، وقدمه في«الرعاية الكبرى»، و«الفائق». قال في «الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»: فهم أولى بها في أصحِّ الوجهين.

الحاشية ....

---

(١) في (ر): «قدر».

(٢) في (ر): «المحرر».

الفروع ولو قال: على أن ما رزقَ اللهُ بيننا، فوجهان(م٢)، وموات العنوة كغيره، وعنه: لايملكه محييه، ويُقَرُّ بيده بخراجه، كذميٍّ أحياه، وعنه: على ذميٍّ أحيا غير عنوة عُشْرُ ثمره وزرعه، وفي ملك مسلمٍ به موات الحرم وعرفَة وجهان(م٣).

ومن تَحَجَّر مواتاً، كحفر بئر لم يصل ماؤها، نقله حرب، أو سقي شجر مباح وإصلاحه ولم يركبه، أو أقطع له، لم يملكه، وهو وارثه أو من ينقله

التصحيح **مسألة ـ ٢**: قوله: (ولو أذن لغيره في عمله في معدنه والخارج له/ بغير عوض، ١٥٧ صحَّ. . ولوقال: على أن يعطيهم ألفاً مما لقي[١] مناصفةً والبقيةُ له، فنقل حربٌ: أنه لم يرخِّص فيه، ولو قال: على أنَّ ما رزقَ الله بيننا، فوجهان). انتهى. وأطلقهما في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]:

أحدهما: يصحُّ، وهو الصحيح. قال الحارثي: أظهرهما الصحةُ. قال القاضي: هذا قياس المذهب. قال الحارثي: ولم يورد للقاضي سواه، وذكر فيه نص أحمد إذا قال: صُفَّ[٤] لي هذا الزرع على أن لك [٥]ثُلثَه أو ربعَه[٥] أنه يصحُّ. انتهى. وقدمه ابن رزين في «شرحه».

والوجه الثاني: لا يصح، ومال إليه في «المغني»[٦].

إذا قال صُفَّ هذا على أن لك ثلاثة أو أربعة.

مسألة ـ ٣: قوله: (وفي ملك مسلم به مواتَ الحرم وعرفَة وجهان): انتهى. وأطلقهما في «التلخيص»، و«الرعاية».

الحاشية ....

---

(١) بعدها في (ط): «أو».

(٢) ٨/ ١٥٨ ـ ١٥٩.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ١٠٢.

(٤) في (ط): «صرف».

(٥ـ٥) في (ط): «ثلاثة أو أربعة».

(٦) ٨/ ١٥٨ ـ ١٥٩.

الفروع

إليه أحقُّ به، ولا يبيعه، وقيل: يجوز، وإن ترك الإحياء أمر به أو تركه، ويمهل بطلبه شهرين وثلاثة، فإن بادر غيره فأحياه قبل مدة المهلة*(☆) ـ وذكر الشيخ: أو قبلها ـ ففي ملكه وجهان(م٤).

التصحيح

أحدهما: لا يملكه، وهو الصواب، قال ابن نصرالله في «حواشيه»: وهو الأظهر، قال الحارثي: وهو الحقُّ في موات عرفة، وقال في موات الحرم: فإن قيل: إنه عنوة ففيه ما مر في أرض العنوة، وإن قيل: صلح، جاز إحياؤه، ومن شيوخنا من حكى احتمالَ وجهين، وهما منقولان على ما ذكرنا، انتهى. والصحيح من المذهب أن الحرمَ فتح عنوةً.

والوجه الثاني: يملك بالإحياء. قلت: لو قيل: يملك بالإحياء ما لا يحتاج إليه الحاج البتة إن وجد، لكان له وجه، والله أعلم.

مسألة ـ ٤: قوله: (ويمهل بطلبه شهرين، وثلاثة، فإن بادر غيره فأحياه قبل مدة المهلة ـ وذكر الشيخ: أو قبلها ـ ففي ملكه وجهان). انتهى.

وأطلقهما في «الهداية»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[(١)]، و«الكافي»[(٢)]، و«المقنع»[(٣)]، و«التلخيص»، و«المحرر»، و«الشرح»[(٣)]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الحارثي»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، و«القواعد الفقهية»، وغيرهم:

أحدهما: يملكه، صححه في «التصحيح»، و«المذهب»، و«النظم»، وغيرهم، وقطع به في «الوجيز» وغيره، وهو ظاهر ما قدمه في «تجريد العناية».

الحاشية

* **قوله: (قبل مدة المهلة)**

كذا وقع في النسخ، وفي نسخة (قبل فراغِ مدة المهلة)، والذي يقْوَى عندي: أنها قيل، بياء مثناة من تحت آخر الحروف، فيكونُ هذا قولاً، وما ذكره الشيخُ قولاً، ويكون التقديرُ: قبل مدة المهلة، وقيل[(٤)]: قبلَها ويكون «مدة» منصوباً على الظرف، أي: في مدة المهلة.

---

(١) ١٥٣/٨.

(٢) ٥٥٤/٣.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٢٣/١٦.

(٤) ليست في (د).

الفروع

ويتوجه مثله في نزوله عن وظيفةٍ لزيد، هل يتقرر غيرُه. وقال شيخنا فيمن نزل عن وظيفة الإمامة: لا يتعين المنزولُ له، ويولي من إليه الولاية من يستحقُّ التوليةَ شرعاً. ومن أخذ مماحماه إمامٌ، عُزِّرَ (ش) في ظاهر كلامهم؛ لمخالفته، وله نظائر، ولم يذكروا ضماناً، فظاهره: لا ضمان (وش) لبقاء إباحته، وإنما عُزِّرَ للمخالفة، وما أقطعه[1] إمامٌ لمن يحييه، كمتحجر، ويسمى تملكاً[2]؛ لمآله إليه، وله إقطاعُ غير موات تمليكاً وانتفاعاً، للمصلحة، وللإمام أن يحمي مواتاً لدابة يحفظُها أو غازٍ وضعيف ما لم يضيق، ولإمام غيره نقضُه، كهو، وقيل: لا، كما حماه النبي ﷺ[3]، وفي ملكه بإحياء وجهان(م٥).

التصحيح

والوجه الثاني: يملكه، اختاره القاضي، وابن عقيل، قال الناظم: وهو بعيد.

(☆) **تنبيه**: قوله: (قبل مدة المهلة)، يحتملُ أن يكونَ هنا نقصٌ، وتقديره: قبل فراغ أو مضيّ مدة المهلة، ولا بد من ذلك على هذا الاحتمال حتى يُغايرَ قولَ الشيخ، وقال شيخنا [4]في «حواشيه»[4]: والذي يظهر: أنه قبل مدة المهلة من القول، فيكون هذا قولاً، وما ذكره الشيخ قولاً.

و(مدةً) منصوب على الظرف، فعلى هذا يكون قد أطلق الخلاف، والمذهبُ غيرُ قول الشيخ، وعلى الأول يكون قَدَّمَ حكماً.

مسألة ـ ٥: (قوله: وللإمام أن يحمي مواتا... ولإمام غيره نقضُه، كهو، وقيل: لا، كما حماه النبي ﷺ، وفي ملكه بإحياء وجهان). انتهى. وأطلقهما في «المغني»[5] و«الرعاية»:

الحاشية

....

(١) في (ط): «أقطاعه».

(٢) بعدها في (ر) و(ط): «و».

(٣) أخرج أحمد (٦٤٣٨)، من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ حمى النقيع للخيل، قال حماد: فقلت له: لخيله؟ قال: لا، لخيل المسلمين.

(٤ ـ ٤) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٥) ٨/ ١٦٥.

الفروع

ويتوجه في بعض الإطلاقات الخلافُ. ونقل حرب: القطائع جائزة، وقال له المروذي: قال مالك: لا بأس بقطائع الأمراء، فأنكره شديداً، وقال: تزعم أنه لا بأس بقطائعهم؟.

ونقل يعقوب: قطائعُ الشامِ والجزيرة من المكروهة كانت لبني أميةَ فأخذها هؤلاء. ونقل محمد بن داود: ما أدري ما هذه القطائعُ يخرجونها ممن شاؤوا إلى مَن شاؤوا. قال أبوبكر: لأنه يملكها من أقطعها، فكيف يخرج منه، ولهذا عَوَّض عمرُ جريراً البجليَّ لما رجع فيما أقطعه[١].

وقيل لشيخنا: إن أطلق وليُّ الأمر من المصالح مَن وقف عليها أو غيره سكن زاوية وأطلق لها[٢] ما تحتاج إليه هي والفقراء؟ فقال: إن استحق تناوله لحاجته مع دِينه أو لمنفعة عامَّة ونحوه، جاز، ولم يجز مخالفتُه ولا طلبه بأجرة في الماضي والمستقبل، وله إقطاع جُلوس في طريق ورَحْبَةٍ متسعةٍ، ما لم يَضُرَّ بالناس، ويكون أحقَّ بجلوسها ما لم يعد فيه.

ويحرم ما يُضَيِّقُ على المارة ولو بعوض، ومع عدم إقطاع للسابق الجلوس على الأصح ما بقي قُمَاشُه، وعنه: إلى الليل، وفي افتقاره إلى إذن وجهان(م٦)، وله التظليل بغير بناء، كبارية، ونحوها، فإن طال

التصحيح

أحدهما: يملكه، وهو الصحيحُ، قطع به في «الكافي»[٣]، وغيره، وصححه في «الفائق»، وغيره، قال الشارح: وهو أوْلى.

والوجه الثاني: لا يملكُه بالإحياءِ.

مسألة ـ ٦: (قوله: ويحرم ما يضيق على المارة ولو بعوض، ومع عدم إقطاع

الحاشية

....

---

(١) أخرجه أبو عبيد في «الأموال» (١٥٤).

(٢) في الأصل: «له».

(٣) ٣/ ٥٦٢.

الفروع مقامه[١] أو مقام سابق إلى معدن، ففي إزالته وجهان(م٧، ٨).

التصحيح للسابق الجلوس على الأصحِّ ما[٢] بقي قماشه، وعنه إلى الليل وفي افتقاره إلى إذن وجهان). انتهى:

أحدهما: لا يفتقر إلى إذن، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، قال في «القواعد»: هذا قول الأكثر، قال الحارثي: هذا المذهب، وهو كالصريح المقطوع به في «الرعاية الكبرى».

والوجه الثاني: يفتقر إلى إذن، وهو رواية حكاها في «الأحكام السلطانية»، نقله عنه في القاعدة الثامنة والثمانين. انتهى.

مسألة ـ ٧ ـ ٨: قوله: (وله التظليلُ بغير بناء، كبارية ونحوها، فإن طال مقامه، أو مقام سابق إلى معدن، ففي إزالته وجهان). انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى ـ ٧: إذا طال مُقَامُه في الجلوس فهل يُزال أم لا؟ أطلق الخلافَ فيه، وأطلقه في «المذهب»، و«الكافي»[٣]، و«المقنع»[٤]، و«المغني»[٥]، و«المحرر»، و«الشرح»[٤]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا يُزال، صححه في «التصحيح»، و«النظم»، وجزم به في «الوجيز»، وهو ظاهرُ ما جزم به في «المنور». قال الحارثي: وهو اللائق بأصول الأصحاب، حيث قالوا بالإقطاع. انتهى.

والوجه الثاني: يُزال، قال الحارثي: وهو أظهرهما عندهم. قال في «الخلاصة»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»: منع في الأصح. قال في «القواعد»: وهو ظاهِرُ كلام الإمام أحمد في رواية حرب، وقدمه في «الهداية»، و«المستوعب»،

الحاشية

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).
(٢) في النسخ الخطية: «لما»، والمثبت من (ط).
(٣) ٥٥٨/٣.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ١٣٣.
(٥) ١٦١/٨.

الفروع ....

التصحيح

و«التلخيص»، و«الرعاية الكبرى»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، وهو الصحيح، والصواب.

المسألة الثانية ـ ٨: إذا طال مقام السابق إلى معدن فهل يزال أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المذهب»، و«المغني»[1]، و«المقنع»[2]، و«الكافي»[3]، و«المحرر»، و«الشرح»[2]، و«الرعاية الكبرى»، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا يمنع ولا يزال، وهو الصحيح، قال في «المستوعب»و «التلخيص»: والصحيح أنه لا يمنع ما دام أخذاً، قال الحارثي: أصحهما لا يمنع، وصححه في «التصحيح»، و«النظم»، وغيرهم، وجزم به في «الوجيز» وغيرِه.

والوجه الثاني[4]: يمنع، قدمه في «الهداية»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، وهو الصواب، وجزم به في «الخلاصة»، وقيل: يُمنعُ مع ضِيقِ المكان، قال الحارثي: قطع به ابنُ عقيل. قلت: وغير ابن عقيل، وليس هذا داخلاً في محل الخلاف، والله أعلم.

تنبيه: كثير من الأصحاب جعلوا حكمَ هذه المسألة والتي قبلها حكماً واحداً، وهو الذي قدمه المصنف، وصرح به صاحب «المستوعب»، وابن مُنجَّا في «شرحه»، وغيرهما. وقيل: يزال من المعدن دونَ الجلوس، وهو الذي ذكره المصنف بعد هذا.

قلت: ويتوجه العكس، وهو ظاهِرُ كلامه في «المستوعب»، و«التلخيص»، على ما تقدم، فصححا أنه لا يمنع من المعدن، وقدما أنه يمنعُ من إطالة الجلوس، وقدم في «الرعاية الكبرى»: أنه يمنعُ من إطالة الجلوس، وأطلق الخلافَ من منعه من [5]إطالة الجلوس، وجزم بالمنع[5] من الإطالة في المعدن، والله أعلم.

الحاشية ....

(١) ٨/ ١٦٠.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ١٣٦ـ ١٣٧.

(٣) ٣/ ٥٥٧.

(٤) بعدها في النسخ الخطية: «لا».

(٥ ـ ٥) ليست في (ط)

الفروع

وقيل في معدن: مَن أخذ فوق حاجته منع، وقيل: لا*، وقيل: إن أخذه لتجارة هايأ إمامٌ بينهما، ولحاجة المهايأة، والقرعة وتقديم من يرى والقسمة(م٩)، وفي «النصيحة»: من عَمل يومه في معدن ثم انصرف، فجاء غيرُه من الغدِ ليعمل فيه، لم يملك منعه.

التصحيح

مسألة ـ ٩: قوله: (ولحاجة المهايأة والقرعة وتقديم من يرى والقسمة). انتهى.

هذا الكلام معطوف على القول الذي قبله، وهو قوله: (وقيل: إن أخذه لتجارة هايأ الإمام بينهما) إلاّ أنه ابتداءُ مسألة، يعني: أن لبعض الأصحاب طريقةً، وهي إن أخذ

الحاشية

* **قوله: (وقيل في معدن: من أخذَ فوقَ حاجته، مُنع. وقيل: لا)**.

الظاهرُ: أن هذه طريقةٌ، وهي طريقةُ «الرعاية»، فإن كلامَ المصنف قبل ذلك، فُهِمَ منه أنه من أخذَ شيئاً لم يُمنع، وإنما ذكر الخلاف في إزالته إذا طالَ مُقَامهُ، ثم ذكر هذه الطريقةَ، وهي: مَن أخذ فوق حاجته من مَعدن، يُمنعُ على ما قدَّمه، وقيل: لا يمنعُ. وظاهرُ الطريقةِ: أنه إذا أخذ شيئاً لا يمنعُ، وإنما ذكرَ الخلافَ في إزالته إذا طال مُقَامُهُ، فعلى الطريقة الثانية: يمنعُ إذا أخذ فوق حاجته، سواءٌ طال مقامُه، أو لا على القول المقدَّم في هذه الطريقة، والقولُ الآخر: لا. والقول الثالث: إن أخذه للتجارة هايأ الإمامُ بينهما.

قال في «القواعد» في آخر قاعدة، وهي قاعدة القرعة: وإن سبق اثنان إلى معدنٍ مباحٍ أو غيره من المباحات، وضاق المكانُ إلاّ عن أحدِهما، ففيه وجهان:

أحدُهما: يقترعان عليه، اختاره صاحبُ «المغني»[1].

والثاني: قاله القاضي: إن كان أخذُهما للتجارة هايأ الإمامُ بينهما باليوم والساعة بحسب ما يرى؛ لأنه يطولُ، وإن كان للحاجةِ فاحتمالان:

أحدُهما يُقْرَعُ بينهما.

والثاني: يُنصِّبُ من يأخذُ لهما، ثم يُقَسِّم.

والثالث: يُقَدِّم من يراه أحوجَ وأولى.

---

(١) ٨/ ١٦٠.

الفروع

قال أحمد في حوانيت السوق: يُستأذنُ، إلاّ من فتح بابه وجلس للتجارة*. ومن سبق إلى معدن مباح أو منبوذٍ رغبةً عنه أو وجد عَنبرةً على الساحل، فهو أحقُّ بما أخذه، وإن سبق اثنان، اقترعا، وقيل: يقدم الإمام، وقيل: بقسمة معدن، وهو الأصحُّ في منبوذ، وكذا إلى الطريق، وجزم الأدميُّ البغداديُّ بالقسمة، ولمن في أعلى ماء مباحِ السقيُ إلى أن يصل إلى[1] كعبه، ثم يرسله إلى من يليه. نص عليه، وإن كانت أرضه مستقلةً سدَّها إذا سقى حتى يصعد إلى الثاني، قاله في «الترغيب»، ويقدم أحد مستويين[2]

التصحيح

لتجارة، هايأ الإمام بينهما، وإن أخذ لحاجة، فأربعة أقوال: المهايأة، والقرعة، وتقديمُ مَن يرى، والقسمة. قال القاضي: إن أخذ للتجارة، هايأ الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى، وإن كان للحاجة فاحتمالات.

أحدُها: القرعةُ.

والثاني: يَنْصب مَن يأخذ لهما ثم يقسم.

والثالث: يُقَدِّم مَن يراه أحوج وأولى. انتهى.

وقال في «الرعاية الكبرى»: وإن سبق أحدهما، قُدِّم، فإن أخذ فوق حاجته، مُنِعَ، وقيل: لا، وقيل: إن أخذه لتجارة، هايأ الإمام بينهما، وإن أخذه لحاجة، فأربعة أوجه: المهايأة، والقرعة، وتقديم من يراه الإمام، وأن ينصب من يأخذه ويقسمه بينهما. انتهى.

وهذه أوجه المصنف، وكذا قال في «الكافي»[3] وغيره، فالمصنف قد قدم في هذه المسألة حكماً، وهو أنه مَن أخذ فوق حاجته يمُنَعُ، ولكن نصحح على هذه الطريقة أحد الأوجه، والصواب منها نصبُ الإمام مَن يأخذه ويقسمه بينهما، وهو أعدل الأقوال، والله أعلم.

الحاشية

*** قوله: (قال أحمد في حوانيت السوق: يستأذنُ إلاّ مَن فتح بابه وجلس للتجارة)؛**

لأن مَن فتح بابه، وجلس للتجارةِ أذِنَ بالجلوس عندَه للشراء للعادة.

(١) ليست في (ر). (٢) في الأصل و(ط): «مستوين».

(٣) ٣/ ٥٥٧.

الفروع بقرعة بقدر حقِّه، وفي المنع من إحياء موات أقرب إلى أول الماء وجهان*(م١٠).

ولا يسقي قبلَهم*، ومَن سبق إلى قناة لا مالك لها فسبقَ آخر إلى بعض أفواهها من فوق أو أسفل، فلكل منهما ما سبق إليه، ولمالك أرض منعُه من الدخول بها، ولو كانت رسومُها في أرضه وأنه لا يملك تضييق مجرى قناة في أرضه خوف لصٍّ؛ لأنَّه لصاحبها، نص على الكل.

وقال أبوبكر: إن لم يصل إلى عمارتها إلاّ في الأرض، فليس له منعه، يعني على رواية حنبل، وقد ذكر إجبار عمر محمد بن مسلمة على إجراء الماء

التصحيح **مسألة ـ ١٠**: (قوله: وفي المنع من إحياء موات أقرب إلى أول الماء وجهان). انتهى. وأطلقهما في «المغني»[١]، و«الشرح»[٢]، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدُهما: ليس لهم منعه من ذلك، وقال الحارثي: وهو أظهرُ، وجزم به في «الكافي»[٣] وغيره، وقدمه ابن رزين في «شرحه»، وغيره.

والوجه الثاني: لهم منعه، قال الحارثي: وهو المفهوم من إيراد «المقنع». انتهى.

الحاشية *** قوله: (وفي المنع من إحياءِ مواتٍ أقربُ إلى أول[٤] الماء وجهان).**

وجهُ المنع من إحيائه: أنه إذا أحياه صار أقربَ إلى الماء ممن كان يسقي قبله، فيوهم أن حقه مقدمٌ على الأول.

*** قوله: (ولا يسقي قبلهم)**

أي: إذا قلنا: له الإحياءُ على أحد الوجهين، لم يسق قبلَ الذين كانوا قبله؛ لسبق حقهم.

---

(١) ٨/١٦٩ ـ ١٧٠.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ١٤٤.

(٣) ٣/٥٦٧ ـ ٥٦٨.

(٤) ليست في (ق).

الفروع

في أرضه[١] كلما[٢] كان على هذه الجهة[٣] وفيه ضرر؛ يُمنع صاحبُه، فإن أجاب، وإلاّ أجبره السلطانُ، نقل المروذي في نهر لضياع: أكره الأشجار عليه.

ونقل يعقوب فيمن غصب حقه من ماء مشترك: للبقية أخذ حقهم، ونقل مثنى: من سُدَّ له الماء لجاهه أفأسقي منه إذا لم يكن تَرْكِي له يردُّه على من يُسَدُّ عنه؟ فأجازه بقَدْر حاجتي*. ومن ترك دابة بمهلكة أو فلاة لعجزه أو انقطاعها، ملكها مستنقذُها، وقيل: لا، كعبد، وترك متاع عجزاً، فيرجع بنفقة وأجرة متاع في المنصوص، وفي إلقائه خوف غرق، وجهان(م١١)، والله أعلم.

التصحيح

مسألة ـ ١١: قوله: (ومَن ترك دابة بمهلكة أو فلاة لعجزه أو انقطاعها، ملكها مستنقذُها، وقيل: لا، كعبد، وترك متاع عجزا، فيرجع بنفقةٍ وأجرةِ متاعٍ، في المنصوص، وفي إلقائه خوفَ غرقٍ وجهان). انتهى.

يعني: إذا ألقى متاعَه في البحر خوفاً من الغرق، فهل ملكُه باقٍ عليه فلا يملكه غيره أم لا؟ أطلق فيه الخلاف، وأطلقه[٤] في/ «الحاوي الصغير»: ١٥٨

أحدهما: ملكُه باق عليه فلا يملكه من أخذه، قال الحارثي[٥]: نص أحمد في المتاع يقتضي أن ما يلقيه رُكَّابُ السفينة مخافةَ الغرقِ باقٍ على ملكه. انتهى.

الحاشية

* **قوله: (فأجازه بقدر حاجتي).**

كأن الراوي قال: فأجازه لي بقدرِ حاجتي.

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» ٢/٧٤٦.

(٢) في الأصل: «كلها».

(٣) في الأصل: «أو».

(٤) في (ط): «أطلقهما».

(٥) في (ط): «أحمد».

الفروع ....

التصحيح والوجه الثاني: يملكُهُ آخذُه، وهو احتمالٌ في «المغني»[١]، و«الشرح»[٢]، ومالا إليه، ذكره في اللقطة، وقدمه في «الفائق»، و«الرعايتين»، ذكره في آخر اللقطة، وصححه الناظم. قلت: وهو قويٌّ. فهذه إحدى عشرة مسألة في هذا الباب.

الحاشية ....

(١) ٨/ ٣٤٧.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٢٠٠ .

الفروع

باب اللُّقَطَة

يحرم التقاطُ ممتنع عن سَبُع صغير، كإبل وبقر، نص عليهما، وبغال وكلب، وظباء، وطير، وحُمُر أهلية، وخالف الشيخُ فيها وفي طيرٍ مستوحشة، ويضمنه، كغاصب/، ونصه وقاله أبوبكر: يضمن ضالة مكتومة بالقيمة مرتين، للخبر[١]، ويبرأُ بدفعه إلى نائب إمام أو بأمره برده مكانه، كجائزِ التقاطُه، وقيل: أو لم يأمره، وإن أنفق على أنه ملكه، لم يرجع؛ لتعديه، ذكره في «المنتخب»، ولا يبرأ من أخذَ من نائم شيئاً إلاّ بتسليمه له، ولنائب إمام أخذُه للحفظ، ولا يلزمه تعريفُه، ولا تكفي فيه الصفةُ، ذكره الشيخ. ٦٦/٢

واختار الشيخُ: ولغيره بموضع مَخوف، وله التقاطُ غيره من حيوان وغيره، غير ممتنع بنفسه، كخشبة كبيرةٍ، وعنه: ونحو شاة، وعنه: وعرض*(☆)، ذكرها أبوالفرج إذا أمن نفسه وقوي عليه، وإلاّ فكغاصب، والأفضل تركه، وقيل[٢]: عكسُه بمضيعة، وخرَّجَ وجوبَه إذن.

التصحيح

(☆) تنبيه: قوله: (وله التقاطُ غيره من حيوان وغيره، غيرِ ممتنعٍ بنفسه . . . وعنه: ونحو شاة، وعنه: وعَرْض) انتهى.

ظاهر هذا: أن المقدم ليس له التقاطُ نحو الشاةِ، كالفصلان والعجاجيل، وإلاّ فلا،

الحاشية

*** قوله: (وعنه: ونحو شاةٍ، وعنه: وعَرْضٍ)**

ظاهرُه: أن المقدمَ في ذلك عدمُ الالتقاطِ، والمعروفُ أنَّ الصحيحَ جوازُ التقاط الشاةِ، والفُصلانِ، والعَجاجيلِ مما لا يمتنِعُ، فيَحتَمِلُ أن الكلامَ فيه سقطٌ، ويكون أصلُ الكلام: وعنه: ونحو شاة، وعنه: وعَرضٍ لا، فتكون «لا»[٣] ساقطة.

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٦٦٨٣)، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال: سمعت رجلاً من مزينة يسأل رسول الله ﷺ عن الضالة من الإبل. . . وفيه قال: الحريسة التي توجد في مراتعها؟ قال: «فيها ثمنها مرتين، وضربُ نكال. . . » الحديث.

(٢) في (ر): «وعنه».

(٣) ليست في (د).

الفروع

ونقل حنبل: لا يعرض لها، ولأحمد[١] من حديث أبي ذر: ولا تسألن أحداً شيئاً، ولا تقبض أمانةً، ولا تقض بين اثنين. ويفعل الحظ لمالكه، وله أكل حيوانٍ وما يُخشى فسادُه بقيمته، قاله أصحابنا.

وفي «المغني»[٢]: يقتضي قول أصحابنا لايملك عرض فلا يأكل، وله

التصحيح

والعُرُوض، وليس كذلك، بل المذهب جواز التقاط ذلك. فالظاهر: أن هنا نقصاً، وتقديره: وعنه: لا نحو شاة، وعنه: وعرض؛ ليوافق ما قاله الأصحاب، ويدل على ما صدَّره في أول المسألة بقوله: (غير ممتنع بنفسه) و[٣] قوله: (كخشبة كبيرة) يعني: له التقاطُها، ولم يحكِ فيه خلافاً، وفيه نظرٌ.

بل الصواب ما قاله المصنف، وابن عقيل، والشارح، والزركشي، وجماعة: إن أحجار الطواحين الكبار، والقدور الضخمة، والأخشاب الكبار، ملحقة بالإبل من أنها لا يجوز التقاطُها، قالوا: بل هي أولى من الإبل من وجوه، والعجبُ أن المصنف لم يذكر ذلك، ولا حكاه قولاً، [٤]وهذا مما يدل على أن في كلامه نقصاً، وقوله قبل ذلك أول الباب[٥]: (يحرم التقاطُ ممتنع عن سَبُع صغير . . . وخالف الشيخ . . . في طير مستوحشة).

فكونُه جعل كلامَ الشيخ قولاً مؤخراً فيه نظرٌ، بل الأولى أن يكونَ هو المقدمُ لما يذكر، وفيه نظر أيضاً من وجه آخرَ، وهو أن الشيخَ؛ إنما ذكر ذلك في الصيودِ المتوحشةِ التي إذا تُركت، رجعت إلى الصحراء، أو عجز عنها صاحبُها، فلم يخصَّ الطيرَ بذلك، بل بالصيود كلِّها، وعللها بعلل قوية جدّاً، فقال: لأن تركها أضيعُ لها من سائر الأموال، والمقصودُ حفظُها لصاحبها لا حفظها في نفسها، ولو كان المقصود حفظها في نفسها لما جاز التقاطُ الأثمان، فإن الدينارَ دينارٌ أينما كان. انتهى. وتبعه جماعةٌ منهم الشارح، والحارثي، وقطعوا به[٤].

الحاشية

....

(١) في «مسنده» (٢١٥٧٣).

(٢) ٨/ ٣٤٠ـ ٣٤١.

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٤ ـ ٤) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٥) ص ٣١١.

الفروع

بيعه وحفظ ثمنه، وهو كلقطة، ولم يذكر الأكثر تعريفَه، وعنه: يبيع كبيرا حاكمٌ، وعنه: مع وجوده. وفي «الترغيب»: لا يبيع بعض حيوان.

وأفتى أبوالخطاب وابن الزاغوني بأكله بمضيعة، بشرط ضمانه، وإلاّ لم يجز تعجيلُ ذبحه؛ لأنَّه يطلب، وقال أبوالحسين وابن عقيل: لا يتصرف قبل الحول في شاة، ونحوها بأكل وغيره، روايةً واحدةً.

ونقل أبوطالب: يُعرِّف الشاة وذكره أبوبكر وغيره، ويرجع بنحو نفقته بنيته على الأصح. قال في «المغني»[1]: نص عليه فيمن عنده طائر يرجع بعلفه ما لم يكن متطوعاً.

قال أبوبكر: هذا مع ترك التعدي، فإن تعدى، لم يحتسب له، ويلزمه تعريفُ الجميع. نص عليه، نهاراً حولاً متوالياً في أسبوع، وفي «الترغيب» وغيره: ثم مرة كل أسبوع في شهر، ثم مرة في كل شهر، وقيل: على العادة على الفور بالنداء* وأجرتهُ عليه، نص عليه، وقيل: من ربها، وعند الحلواني وابنه: منها، كما لو رأى تجفيفَ عنب ونحوه، واحتاج غرامة، وقيل: منها إن لم تُملك، وذكره في «الفنون» ظاهر كلام أصحابنا في مجامع الناس*، ويكره في مسجد.

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (بالنداء)

أي: تعريفُه بالنداءِ.

* قوله: (في مجامِعِ الناس)

أي: يعرِّفُها في مجامعِ الناس.

---

(١) ٨/ ٣٤٠.

الفروع

وفي «عيون المسائل»: لا يجوز*، واحتج بقوله عليه السلام للرجل: «لا ردها الله عليك»[١]، وقاله ابن بطة في إنشادها، ولا يصفه، بل: من ضاع منه نفقة أو شيء، وقيل: لقطة صحراء بقُرْبِهِ*. ويملك اللقطةَ بعد التعريف، نص عليه.

وذكره في «عيون المسائل» الصحيح في المذهب، وعند أبي الخطاب: إن اختاره، وهو روايةٌ في «الواضح»، وعنه: لا يملك نحو شاة، ونقل الجماعة: يملك الأثمانَ فقط، اختاره الأكثرُ، وله الصدقة به بشرط ضمانه، وعنه: لا، فيعرفه أبداً، نقله طاهر بن محمد، اختاره أبوبكر، وله دفعه لحاكم.

وظاهر كلام جماعة: لا، وتتوجه الروايتان فيما يأخذه السلطان من اللصوص إذا لم يُعرف ربُّه، ونقل صالح في اللقطة: يبيعُه ويتصدقُ بثمنه بشرط ضمانه، وأطلق بعضُهم روايتين.

ونقل حنبل في صبي فرَّط وبلغ، فإذا تصدق بها أجحفَ بماله*، تصدق

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (ويكرهُ في مسجد، وفي «عيون المسائل» لا يجوزُ)

قال في «الكافي»: ولا يُعرِّفُها في المسجد، وظاهرُه: عدمُ الجواز.

* قوله: (وقيل: لقطةُ صحراءَ بقُربِهِ)

أي: يعرفُ لقطةَ صحراءَ بقربِ المكانِ الذي وجدَ اللقطةَ فيه.

* قوله: (ونقل حنبلٌ في صبيٍّ فرَّط وبلغ، فإذا تصدقَ بها أجحفَ بمالِهِ) إلى آخره

يعني: الصبيُّ التقطَ لقطةً، وفرَّط فيها، فإنه يضمنُها بعوضِها، فلمَّا بلغَ وأرادَ التصدقَ بِعوَضِها، فإن

---

(١) أخرجه مسلم (٥٦٨)، من حديث أبي هريرة.

الفروع

بها متفرقة، وعنه: لا تُملك لقطةُ الحرم، اختاره شيخنا وغيره من المتأخرين، وعنه: وغيرها، وعنه: يتملك فقيرٌ من غير ذوي القربى، فإن أخر تعريف بعضه، سقط في المنصوص، كالتقاطه بنية تملكه، وفي الصدقة به روايتا العُرُوض، فإن أخَّره لعذر أو ضاعت فعرفها الثاني مع علمه بالأول ولم يعلمه، أو أعلمه وقصد بتعريفها لنفسه، فقيل: يملكه، وقيل: لا[م١،٢]، كأخذه ما لم يُرد تعريفه في الأصحِّ، نوى تملكه أو كتمه أو لا، وليس خوفُه أن

التصحيح

مسألة ـ ١ ـ ٢: (قوله: فإن أخره أي التعريف لعذر أو ضاعت فعرفها الثاني مع علمه بالأول ولم يُعلمه أو أعلمه وقصد بتعريفها لنفسه، فقيل: يملكه، وقيل: لا) انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا أخَّر التعريف عن الحول الأول، ثم عرفها، فهل يملكها أم لا؟ أطلق فيه الخلاف، وأطلقه في «المغني»[١]، و«الشرح»[٢]، و«شرح الحارثي»، و«الفائق»، وغيرهم.

أحدهما: يسقط التعريف ولا يملكها به، قدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح ابن رزين».

والوجه الثاني: يملكها بهذا التعريف.

المسألة الثانية: إذا ضاعت اللقطةُ من الملتقط الأول، ووجدها آخر فعرفها مع علمه بالأول ولم يعلمه أو أعلمه بها وقصد بتعريفها لنفسه وعرفها، فهل يملكها بتعريفها أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»[٣]، و«الشرح»[٤]، و«الفائق»:

الحاشية

تصدَّقَ به، أجحف به[٥]، فأفتى الإمامُ أحمدُ رضي اللّه عنه: أنه يتصدقُ بعوضِها متفرقاً؛ لأنه إذا تصدق به في أوقات، هانَ عليه، وزالَ الإجحافُ، بخلاف ما إذا أخرجها جملةً واحدةً.

(١) ٨/ ٢٩٨.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٢٣٣.

(٣) ٨/ ٣١٦.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٢١٠.

(٥) ليست في (د).

الفروع يأخذها سلطانٌ جائرٌ، أو يطالِبَه بأكثر عذراً في ترك تعريفها، فإن أخر، لم يملكها إلاّ بعده، ذكره أبوالخطاب وابن الزاغوني، ومرادهم ـ والله أعلم ـ أنه ليس عذراً حتى يملكها بلا تعريف، ولهذا جزم بأنه يملكها بعده، وقد ذكروا أن خوفَه على نفسه أو ماله عذرٌ في ترك الواجب.

وقال أبوالوفاء: تبقى بيده، فإذا وجد أمناً عرَّفها حولاً، ولا يُعرف ما لا تتبعه همَّةُ أوساط الناس، ولو كثر، وقال ابن الجوزي: همته، كتمرة، وكسرة، وشسْع، قال في «التبصرة»: وصدقتُه به أولى، وله أخذُه والانتفاعُ به، نص عليه، وعنه: يلزمه تعريفُه، وقيل: مدةً يظن طلب ربه له، وقيل: دون نصاب سرقة، وقيل: دون قيراط، ولا يلزمه دفعُ بدله، خلاف «التبصرة»، وكلامهُم فيه يحتمل وجهين، وقيل لأحمد في التمرة يجدها، أو يلقيها عُصفورٌ أيأكلها؟ قال: لا، قال: أيطعمها صبيّاً أو يتصدق؟ قال: لا يعرض لها، نقله أبوطالب وغيره، واختاره عبدالوهاب الوراق[1]، وينتفع بكلب مباح، وقيل: يعرفه سنةً.

فصل

لقطة فاسق كعدل، وقيل: يضم إليه*، وكذا ذميٌّ، وقيل: تدفع لعدل،

التصحيح أحدهما: يملكها، قدمه ابن رزين في «شرحه».

والوجه الثاني: لا يملكها، قال الشيخ والشارح: ويشبه هذا من تحجَّرَ مواتاً إذا سبقه غيرُه إلى ما تحجره فأحياه بغير إذنه. انتهى. قلت: قد أطلق المصنفُ الخلافَ في هذه المسألة، وتقدم تصحيحُها في الباب الذي قبله.

الحاشية * قوله: (وقيل: يُضمُّ إليه).

أي: عدلٌ.

---

(١) في الأصل: «الزراق».

الفروع

كتعذر حفظها منه، وإذا عرف وليُّ سفيهٍ وصبي وفي «المنتخب»، و«التبصرة»، و«الترغيب»: ومجنون ما التقطوه ملكوه، ويلزم الوليَّ حفظُها وتعريفُها، وإن تلف بيد أحدهم وفرط*، ضمن، نص عليه في صبي، كإتلافه، وكعبد.

وفي «المنتخب» وغيره: لا، ومكاتب كحرٍّ، ولقطة معتق بعضُه بينهما، وقيل: تدخل هي وكسب نادر، كهدية في مهايأة[1]، ولعبد أن يلتقط ويعرف بلا إذن سيده، في الأصحِّ فيهما؛ لأنَّه فعلٌ حسيٌّ، كاحتطابه، فلم يمكن رده، وفي ملكه ما تقدم، فإن ملكه وأتلفه، ففي ذمته، وإلاَّ في رقبته، نص عليه.

وفي «زاد المسافر» لأبي عبدالله: في ضمانه إذا أتلف مالاً قولان:

أحدهما: في رقبته[2] كالجناية.

والثاني: في ذمته، وبالأول أقول، ونقل ابن منصور: جنايتُه في رقبته[2]، وإذا خرق[3] ثوب رجل هو دينٌ عليه، وله إعلام سيده العدل، ولسيده العدل أخذه وتركه ليعرفه، ويحرم تصرفُه فيها قبل معرفة صفاتها، ويشهد عليها دون صفاتها، وعنه: يلزمه.

اختاره أبوبكر وابن أبي موسى، وقيل: عليهما، وكذا لقيطٌ، وقيل:

التصحيح ....

الحاشية

*** قوله: (فإن تلف بيد أحدهم وفرَّط)**

أي: الوليُّ في عدم أخذه منهم أو أحدُ الثلاثة فرَّط في العين المُلْتَقَطَة.

---

(١) في (ط): «مهيأة».

(٢) في (ط): «رقته».

(٣) في الأصل: «حرق».

الفروع يلزمُه؛ لئلا يسترقه، فلو تركه فلا ولايةَ، ذكره في «الترغيب»، ومَن وصفه وقيل: وظن صدقه أخذه، ولو رجعت إليه بفسخ أو شراء لا قبله بلا بينة ولا يمين* نص عليه، وفي كلام أبي الفرج و«التبصرة»، جاز الدفع إليه.

ونقل ابن هانئ ويوسف بن موسى: لا بأس، وإن وصفه أحد مدعيين، حلف، ذكره أصحابنا، ومثله وصفه مغصوباً ومسروقاً، ذكره في «عيون المسائل» والقاضي وأصحابه، على قياس قوله: إذا اختلف المؤجر والمستأجر في دِفْنٍ في الدار مَن وصفه، فهو له، وقيل: لا، كوديعة، وعارية، ورهن، وغيره؛ لأنّ اليدَ دليلُ الملك، ولا تتعذر البينة، ويقيم بينةً بالتقاط عبد.

وقيل: لا، فإن أقام آخر بينةً أنه له أخذه من واصفه، ويضمنه مع تلفه، وقيل: وله تضمين الدافع بلاحاكم، ويتعين بدفع بدله إلى واصفه، ويرجع عليه في الأولة[1]، ما لم يقرَّ له بملكه، ولو وصفه/ اثنان، فقيل: يقسم، ٦٧/٢ وقيل: يحلف مَن قرع(م٣)، ومتى وصفه بعد أخذ الأول فلا شيءَ للثاني.

التصحيح **مسألة ـ ٣**: قوله: (ولو وصفه اثنان، فقيل: يقسم، وقيل: يحلف من قرع). انتهى. وأطلقهما في «المذهب»، و«المقنع»[2]، و«الفائق»، و«القواعد» في القاعدة الستين بعد المئة وهي الأخيرة.

أحدهما: يقسم بينهما، صححه في «التصحيح»، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، وقدمه في «الهداية»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المحرر»، و«الرعايتين»، و«النظم»، و«الحاوي الصغير»، و«القواعد» في القاعدة الثامنة والتسعين، وغيرهم.

الحاشية * **قوله: (بلا بيِّنة ولا يَمين)**

أي: أخذَه بلا بينة ولا يمين.

---

(١) في (ط): «الأول».

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/٢٥٩.

الفروع

وقال أبويعلى الصغير: إن زاد في الصفة، احتمل تخريجُه على بينة النتاج والنساج، فإن رجحنا به رجحنا هنا.

ويأخذ اللقطةَ ربُّها بزيادتها قبل ملكها، ولا يضمن ملتقطٌ إذن نقصها، ولا هي إن تلفت أو ضاعت، نص عليه، كأمانة، والمنفصلة له بعده في الأصحِّ.

وفي «الترغيب» روايتان، ويضمن قيمةَ اللقطة يومَ عرفَ ربها، وقيل: يومَ تصرفه، وقيل: يوم غرم بدلها، وعنه: لا يضمن قيمتَها بعد ملكها، وقيل: ولا يردها. ومؤنةُ الرد على ربها، ذكره في «التعليق»، و«الانتصار»؛ لتبرعه.

ومعناه في «منتهى الغاية» في عدم سقوط الزكاة بتلف المال قبل التمكن، وفي «الترغيب»، و«الرعاية»: عليه، وضمانُها بموته كوديعة، وقيل: به بعد الحول، ووارثه كهو، ومن أخذ متاعه وترك بدله، فلقطةٌ، وهل يتصدق به بعد تعريفه أو يأخذ حقَّه، أو بإذن حاكمٍ؟ فيه أوجه[م٤].

التصحيح

والوجه الثاني: يُقْرَعُ بينهما، فمن قرع حلف وأخذها، وهذا الصحيح. قال الحارثي: والمذهب القرعة، نص عليه، وذكره المصنف في كتابه، وبه جزم القاضي وابن عقيل، كما لو تداعيا الوديعة، قال الشارح: وهذا أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عيناً في يد غيرهما. انتهى.

وجزم به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الكافي»[١]، و«المغني»[٢]، وصححه، وقدمه ابن رزين في «شرحه»، وقال: هذا أقيس، وهو الصواب.

مسألة ـ ٤: قوله: (ومن أخذ متاعَه وترك بدله، فلقطةٌ، وهل يتصدق به بعد تعريفه أو يأخذ حقه أو بإذن حاكم؟ فيه أوجه). انتهى.

الحاشية

....

---

(١) ٣/ ٤٥١.

(٢) ٨/ ٣١١.

الفروع وقيل: مع قرينة سرقة لا يعرفه، وفيه الأوجُه، ويتوجه: جعلُ لقطة موضعَ غير مأتي، كركاز، وإن وجد في حيوان نقداً أو درة، فلقطة لواجده، نص عليه، ونقل ابن منصور: لبائع ادعاه إلاّ أن يدعي مشتر أنه أكله عنده، فله، وإن وجد درة غير مثقوبة[1] في سمكة، فلصياد؛ لأن الظاهر ابتلاعُها من معدنها، والله أعلم.

التصحيح وأطلقهما في «المغني»[2]، و«الشرح»[3]، و«شرح الحارثي»، و«الفائق»، و«تجريد العناية». قال الشيخ في «المغني»[4]، وتابعه الشارح: القول بأخذ حقِّه بنفسه أقربُ إلى الرفق بالناس. قال الحارثي: وهذا أقوى على أصل مَن يرى أن العقدَ لا يتوقف على اللفظ، أمّا على التوقف فلا يكتفي بمثل هذا، قال: وبالجملة فالأظهرُ الجوازُ، ورجحه المصنف، يعني به: الشيخَ. قلت: وهو الصواب، وقيل: يتصدق به بعد تعريفه، وليس له أخذُه، قدمه ابن رزين وقال: نص عليه، والقول الثالث: يأخذ حقَّه[5] بإذنِ حاكمٍ. قلت: وهو قويٌّ موافقٌ لقواعد الأصحاب، فهذه أربع مسائلَ في هذا الباب قد صححت، ولله الحمد.

الحاشية ....

(١) في (ر): «منقوبة».

(٢) ٨/ ٣١٩.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٢١٤ ـ ٢١٥.

(٤) ٨/ ٣٢٠.

(٥) ليست في (ط).

الفروع

باب اللقيط

وهو طفلٌ منبوذٌ، وقيل: أو مميزحرٌّمسلمٌ في أحكامه، وقيل: إلاّ في قَوَدٍ، ومثله دعوى قاذفه رقَّه، وببلد كُفْر كافر، وقيل: مسلم، وقيل: مع وجود مسلم فيه، وما وجد فوقه، أو مشدوداً إليه، أو تحته ظاهراً فله، وفي مدفون عنده طريّاً أو بقربه وجهان(م١، ٢).

التصحيح

مسألة ـ ١: (قوله: وفي مدفون عنده طرّياً، أو بقربه وجهان). انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا وجده مدفوناً عنده، والدفن طري فهل يكون للطفل أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المذهب»، و«المقنع»[١]، و«الشرح»[١]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الحارثي»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق» وغيرهم.

أحدهما: يكون له، وهو الصحيح، صححه في «التصحيح»، وقطع به ابن عقيل وصاحب «الخلاصة»، و«المحرر»، و«الوجيز»، و«المنور»، و«تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يكون له، قدمه في «الهداية»، و«المستوعب»، و«الكافي»[٢]، و«التلخيص»و «النظم»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، وذكر في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق» وجهاً أنه له ولو لم يكن الدفن طرياً، وهو ظاهرُ كلام جماعة.

قلت: وهو بعيد جدّاً، ولعلهم اعتمدوا على إطلاق بعض الأصحاب، ولم يذكره في «المغني»[٣]، و«الشرح»[١]، و«شرح الحارثي»، والمصنف هنا[٤]، وغيرهم، وهو الصواب، ومرادُ من أطلق: إذا كان طرياً، والله أعلم.

الحاشية ....

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٢٨٦ ـ ٢٨٩.

(٢) ٣/ ٤٦٦.

(٣) ٨/ ٣٥٦ ـ ٣٥٧.

(٤) ليست في (ط).

الفروع

وقيل: إن وجد رقعةً فيها أنه له، فله، ينفق عليه حاضنُه، وهو واجده، وعنه: بإذن حاكم، وكذا حفظه لماله، وإن أنفق، ففي رجوعه بنيَّته الخلافُ(م٣).

التصحيح

مسألة ـ ٢: إذا وجده مطروحاً بقربه فهل يكون له أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المذهب»، و«الكافي»[1]، و«المقنع»[2]، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الحارثي»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«النظم»، و«الفائق» وغيرهم:

أحدهما: يكون له، وهو الصحيح، صححه في «المغني»[3]، و«الشرح»[4]، و«الفائق»، و«التصحيح» وغيرهم، وجزم به في «الخلاصة»، و«المحرر»، و«الوجيز»، و«المنور»، وغيرهم، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يكون له، قدمه في «الهداية»، و«المستوعب»، و«التلخيص»، و«شرح ابن رزين» وغيرهم، واختاره ابن البناء، وغيره، وهو ضعيف، ولنا قول ثالث بالفرق بين الملقى قريباً منه وبين المدفون عنده، فالملقى قريباً له دون المدفون، قاله القاضي في «المجرد»، وقطع به، قال الحارثي: ويقتضيه إيراده في «المغني»[3].

قلت: قدم في «الكافي»[1]، و«النظم»: أنه لا يملك المدفون، وأطلق الخلافَ في الملقى، كما تقدم، فدل كلامهما أن الملقى أقوى بالنسبة إلى ملكه، وأطلق الخلافَ الشيخُ، والشارح في المدفون، وصححا في الملقى أنه له.

مسألة ـ ٣: قوله: (وإن أنفق، ففي رجوعه بنيته الخلاف) انتهى.

الظاهرُ: أنه أراد بالخلاف الخلاف الذي فيمن أدى حقّاً واجباً عن غيره، والصحيح من المذهب أنه يرجع إذا نوى الرجوع، وعليه الأصحاب، وتقدم في غير موضع أنه إذا

الحاشية

....

---

(١) ٣/٤٦٦.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/٢٨٧.

(٣) ٨/٣٥٦ ـ ٣٥٧.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/٢٨٨.

الفروع

ولا يلزمه، واختار في «الموجز»، و«التبصرة»: لا يرجع، وفيهما: له أن ينفق عليه من الزكاة، وماحكى من أنه لا يرجع مع إذن حاكم سهوٌ، وإنما اعتبر في إنفاق المودع من الوديعة على ولد ربها الغائب إِذْنُ حاكم؛ لأنه يشترط عنده إثبات حاجته لعدم ماله وعدم نفقة متروكة برسمه، ونقل إبراهيم ابن هانئ فيمن عنده وديعةٌ غاب ربُّها[1]، فجاءت امرأته إلى القاضي، فقدمت صاحب الوديعة إلى القاضي فقضى لها بالنفقة، ثم جاء الزوج فأنكر، قال: ليس له ذلك، إنما هذا حينئذ دافعُ حقٍّ.

وقد نقل أبوداود: فيمن مات وله عند رجل مالٌ وخَلَّف ورثةً صغاراً: ينفق عليهم؟ قال: نعم، قلت: لا يضمن؟ قال: لا، قيل له: يقضي دينَه؟ قال: لا، النفقةُ على الصبيان ضرورةٌ، ومع عدم ماله فمن بيت المال؛ لأنه وارثُه، فإن تعذر، ففرضُ كفاية على عالم به، وللإمام قتلُ قاتله أوديته، نص عليه، والأشهر: ينتظر رُشْدَ مقطوع طرفُه، وللإمام العفوُ لنفقة مع فقره وجنونه، ومع أحدهما وجهان(م٤، ٥)، ولا يُقرُّ بيد فاسق، وقيل: غير أمين،

التصحيح

أنفق بنية الرجوع أنه يرجع، واختار في «الموجز»، و«التبصرة»: أنه لا يرجع [2]كما نقله المصنف، وقال في القاعدة الخامسة والسبعين: ومنها: نفقة اللقيط، خرَّجها بعض الأصحاب على الروايتين، يعني اللتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره بنية الرجوع، قال: ومنهم من قال: يرجع[2] هنا، قولاً واحداً، وإليه ميل صاحب «المغني»؛ لأنَّ له ولاية على اللقيط، ونص أحمد أنه يرجع بما أنفقه على بيت المال، انتهى.

مسألة ـ ٤ ـ ٥: قوله: (وللإمام العفو لنفقة مع فقره، وجنونه، ومع أحدهما وجهان) انتهى. شمل مسألتين:

الحاشية

....

---

(١) في الأصل: «ربه».

(٢ ـ ٢) ليست في (ط).

الفروع وفيه وجه، كلقطة، وقيل: ومثله سفيهٌ، ولا رقيق، فإن أَذن سيده، فهو نائبُه، ولا رجوعَ*، ....

التصحيح **المسألة الأولى ـ ٤**: إذا كان فقيراً صغيراً، فهل يجوز للإمام العفوُ على مالٍ أم لا؟ أطلق فيه الخلافَ، وأطلقه في «الهداية»، و«المذهب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[(١)]، في باب الجنايات، وأطلقه في «الرعاية» هناك/. ١٥٩

أحدهما: ليس له ذلك، وهو ظاهرُ ما قطع به في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، وغيرهم هنا، وبه جزم الشارح هنا، وفي «الفصول»و «المغني»[(٢)].

والوجه الثاني: له ذلك، وهو الصحيح، صححه القاضي، والشيخ في «المغني»[(٢)] في باب العفو عن القصاص، وصححه في «الشرح»[(٣)] في باب استيفاء القصاص، وحكاه المصنف عن نص أحمد، وقطع به الشيخ في «المقنع»[(١)] في بعض النسخ.

المسألة الثانية ـ ٥: إذا كان مجنوناً فهل للإمام العفو على مالٍ أم ينتظر إفاقته؟ أطلق الخلافَ فيه، وأطلقه في «الرعاية الكبرى»، و«شرح ابن مُنجًا»:

أحدهما: ينتظر إفاقته قال الحارثي: هذا المذهب، وقطع به الشارح، وهو ظاهر كلام الشيخ في «المقنع»[(٤)].

والوجه الثاني: له العفوُ على مالٍ، ذكره في «التلخيص» وغيرِه، وجزم به في «الفصول»، و«المغني»[(٢)]، وهو ظاهر ما قطع به في «الوجيز». قلت: الصوابُ إن كانت إفاقتُه قريبةً[(٥)]، لم يصحَّ العفو، وإلاّ صحَّ، والله أعلم.

الحاشية * **قوله: (فإن أذنَ سيدُه، فهو نائبُه ولا رجوعَ)**

أي: لا رجوعَ في الإذن، التي أذنها لرقيقه.

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤٦/٢٥.
(٢) ٥٩٣/١١ـ ٥٩٤.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٢٠٨/٢٥.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ٣١١/١٦.
(٥) في (ط): «قرينة».

الفروع

ولا كافرٌ*، واللقيط مسلماً*، وهو كمسلم فيه، وقيل: يقدم مسلمٌ، وفي بدويٍّ منتقلٍ في المواضع وجهان(م٦)، ولا واجد في الحضر* ينقله، وقيل: إلى بدو[1]، ويجوز عكسه.

وفي «الترغيب»: من وجد بفضاء خال نَقَلَه حيثُ شاء، ويقدم موسرٌ ومقيمٌ، وفي «الترغيب»: وبلديٌّ، وقيل: وكريمٌ، وظاهر عدالة على

التصحيح

مسألة ـ ٦: قوله: (وفي بدوي منتقل إلى المواضع وجهان). انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[2]، و«الكافي»[3]، و«المحرر»، و«الشرح»[4]، و«الرعايتين»، و«النظم»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا يقر بيده، وهو الصحيح، قطع به في «المقنع»[4]، و«الوجيز»، و«المنور»، و«شرح ابن مُنَجَّا»، وغيرهم، قال الحارثي: هذا أقوى.

والوجه الثاني: يقر بيده، قدمه ابن رزين في «شرحه».

الحاشية

*** قوله: (ولا كافر)**

هو بالجر عطف على (فاسق).

*** قوله: (واللقيطُ مسلماً)**

هكذا وقع في النسخ مسلماً بالنصب، ووَجْهُه: أنه حالٌ، أي: واللقيطُ كائنٌ كقراءة مَن قرأ: ﴿وَنَحْنُ عُصْبَةً﴾[يوسف: ١٤] بنصب عصبةً، ويحتمل أن يكون أصلُ وضعه إذا كان اللقيط مسلماً وسقط ذلك من الكاتب والأظهر فيه: مسلماً، رفعُ مسلمٍ على أنه خبرٌ، واللقيطُ مبتدأ.

*** قوله: (ولا واجداً في الحضر)**

أي: لا يُقرُّ بيدِ واجدٍ في الحَضر.

(١) في (ط): «بدوي».
(٢) ٨/ ٣٦٢ ـ ٣٦٣.
(٣) ٣/ ٤٦٨.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

الفروع ضدهم، ويقرع مع التساوي، وقيل: يسلمه حاكمٌ أحدَهما أو غيرَهما، ويقدم ربُّ يد ولا بينةَ، وفي يمينه وجهان(م٧)، ويقرع في اليدين، وإن ادعى أنه أخذه منه قهراً وسأل يمينه فيتوجه يمينه، وفي «المنتخب»: لا كطلاق، ويقدم واصفه مع عدمهما.

وذكر القاضي و«المبهج»، و«المنتخب»، و«الوسيلة»: لا يُقدَّم واصفه، وذكره في «الفنون»و «عيون المسائل»، عن أصحابنا لتأكده؛ لكونه دعوى نسب[١]، وللغني بالقافة، وإلاّ سلَّمه حاكمٌ مَنْ شاء، فلا مهايأةَ، ولا تخيير للصبي، ومَن أسقط حقَّه، سقطَ، وقيل: لا يسلمه حاكم ويقرع، ومن أقام بينةً بمجهول نسبه بأنه له، أو أنه ولدُ أمته، وقالت: في ملكه، وقيل: أو لا، فهو له، وكذا إن ادعى رِقَّه وهو طفل، أو مجنون ليس بيد غيره، بل يده وليس واجده، فهو له، ولو أنكرَ بعد بلوغه، ولو ادعى أجنبيٌّ نسبه ثبت مع بقاء ملك سيِّده، ولو مع بينة بنسبه.

قال في «الترغيب»: وغيره: إلاّ أن يكون مُدَّعِيهِ امرأة، فتثبت حريته،

التصحيح **مسألة ـ ٧**: قوله: (ويقدم ربُّ يد ولا بينةَ، وفي يمينه وجهان). انتهى. وأطلقهما في «الكافي»[٢]:

أحدهما: لا يحلف، وهو ظاهر كلامه في «المقنع»[٣]، وغيره، واختاره ابن عقيل والقاضي، وقال: هو قِيَاسُ المذهب، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

والوجه الثاني: يحلف، وهو الصحيح، اختاره أبوالخطاب، ونصره المصنف، والشارحُ. قال الحارثي: هو الصحيح. قلت: وهو الصواب.

الحاشية ....

---

(١) في الأصل: «بسبب».

(٢) ٣/ ٤٧١.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٣٠٦.

الفروع وإن كان رجلاً غريباً، فروايتان، وفي مميز وجهان، مأخذُهما صحَّةُ إسلامه(م٨، ٩)، وإن أنكر بالغاً عاقلاً، فلا[1]، ولو عاد، أقرَّ.

وفي «الترغيب»: إذا رأينا عبداً بيد رجل فادعى أنه حرُّ الأصل، قُبِلَ،

التصحيح **مسألة ـ ٨ ـ ٩**: قوله: (ولو ادعى أجنبي نسبه، ثبت مع بقاء ملك سيده، ولو مع بينة . . . وإن كان رجلاً غريباً، فروايتان، وفي مميز وجهان، مأخذُهما صِحَّةُ إسلامه). انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى ـ ٨: لو ادعى رجل غريب نسبه، فهل يَثبت ويُلحق به أم لا؟ أطلق الخلاف:

إحداهما: يُلحق به، قال في «الرعاية الكبرى»: وإن أسلم حربيٌّ في دار حربٍ ثم هاجر إلينا، أو دخل دارَ الإسلام بأمانٍ، أو ذمة، ثم أسلم وادعى نَسَبَ لقيط في دار الإسلام، ولم يكن عليه ولاءٌ، لحق به. انتهى. قلت: وهو ظاهرُ كلام أكثر الأصحاب حيث لم يفرقوا.

والرواية الثانية: لا يلحق به. قلت: إن دلت قرينة بذلك، لحق به، وإلاّ فلا.

المسألة الثانية ـ ٩: إذا ادعى رق مميز فقال: أنا حر، فهل يقبلُ قولُ المميز أم لا؟ أطلق الخلافَ، وقال: مأخذُهما صحةُ إسلامه، والصحيحُ من المذهب صحةُ إسلامه، وقدمه المصنف في باب المرتد، وعليه أكثرُ الأصحاب، وقالوا: هذا المذهب، فيصح إقراره هنا بالحرية على الصحيح من المذهب، بناءً على ما قال المصنف، ولنا هناك قولٌ بعدم صحة إسلامه، فكذا هنا، وأطلق الوجهين هنا في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق».

تنبيه: في كلام المصنف إضمار، وتقديره: وفي قبول قولِ مميز. إني حر. وجهان، فاختصر ذلك وقال: (وفي مميز وجهان).

الحاشية ....

---

(١) ليست في الأصل.

الفروع أمّا مع سكوته فيجوز، ويحتمل أن لا يجوز حتى يسأله فيقرَّ، وإن لم يسبق مناف، قُبل، وقيل في لقيط: لا، واختاره الشيخُ، وإن كان تصرَّف ببيع ونكاح وغيره، لم يُقبل، وعنه: بلى، وعنه: فيما عليه، ومتى كذَّبه مدع سقط، ثم في صحة إقراره في حقٍّ نفسه لآخر وجهان[م١٠]، وإن بلغ، فقال: إنه كافرٌ، فمرتدٌّ، وقيل: يُقَرُّ بجزية، أو يُلحقُ بمأمنه، والله أعلم.

التصحيح **مسألة ـ ١٠**: قوله: (ومتى كذبه مدع سقط، ثم في صحة إقراره في حقٍّ نفسه لآخرَ وجهان). انتهى.

قال الحارثي: ولو أقرَّ بالرق لزيد فلم يصدقه، بطل إقرارُه، ثم إن أقر به لعمرو، وقلنا بقبول الإقرار في أصل المسألة، ففي قَبُوله له وجهان، ذكرهما القاضي وغيره.

أحدهما: يُقبل، وهو اختيارُ المصنف، وهو يناقضُ اختيارَه؛ لعدم القَبُول في أصل المسألة.

والثاني: لا يُقْبَلُ.

وقول الحارثي: وهو يناقضُ اختياره لعدم القبول في أصل المسألة، ليس بسديد، فإن العالم يكون له اختيار في مسألة ذات خلاف، ويفرع على القول الذي لم يختره، فيختار أيضاً من ذلك المفرع قولاً بناءً على ذلك القول، والفقهاء قاطبة على ذلك. إذا عُلم ذلك، فقدم الشارح قَبُول إقراره ثانياً، ونصره كالشيخ في «المغني»[1]، وقدم ابن رزين عدم القبول، وهو قوي، فهذه عشرُ مسائلَ قد صُحِّحَتْ في هذا الباب.

الحاشية ....

---

(١) ٨/ ٣٨٤ـ ٣٨٥.

الفروع

باب الوقف

يصح بفعل دالٍّ عليه عرفاً، كمن جعل أرضه مسجداً، أو مقبرة وأذَّن فيهما. نص عليه، قال شيخنا: أو أذَّن فيه وأقام، ونقله أبوطالب، وجعفر، وجماعة، ولو نوى خلافه، نقله أبوطالب. وعنه: بقول فقط، اختاره أبومحمد الجوزي.

وصريحه: وقفتُ، أو حبَّستُ، أو سبَّلْتُ.

وكنايته: تصدقت، أو حرمت، أو أبَّدت، فيصح بكناية بنية أو إقرانه أحد ألفاظه الخمسة بها أو حكمه، وفي «المغني»[1] وغيره: إذا جعل عُلُوَّ موضع أو سُفله مسجداً، صحَّ، وكذا وسطه، ولم يذكر استطراقاً، كبيعه، فيتوجه منه الاكتفاءُ بلفظٍ يُشعر بالمقصود، وهو أظهر على أصلنا، فيصحُّ: جعلت هذا للمسجد أو فيه، ونحوه، وهو ظاهر نصوصه، وصحَّحَ في رواية يعقوب وقف من قال: قريتي التي بالثغر لموالي الذين به ولأولادهم، وقاله شيخنا.

وقال: إذا قال واحد أو جماعة: جعلنا هذا المكان مسجداً أو وقفاً، صار مسجداً، ووقفاً بذلك، وإن لم يكملوا عمارته، وإذا قال كل منهم: جعلت ملكي للمسجد أوِ في المسجد ونحو ذلك، صار بذلك حقّاً للمسجد. وفي هذه المسألة قال شيخنا: ليس له أن يستأجرَ الوقف زيادةً على شرط الواقف، ولا يغيره لمصلحة نفسه*، بل إذا غيَّره لمصلحة نفسه، أُلزم بإعادته

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (ولا يُغَيِّره لمصلحة نفسه)

ذكر هنا تغييرَ الوقفِ لمصلحةِ نفسِهِ، وأما تغييرُه لمصلحةِ الوقفِ من زيادةِ النفعِ ونحوِ ذلكَ، فقد ذكرَه في آخر الباب عندَ مسألة: بيعِ الوقف، والمناقلة به، وحفرِ الساقية، وإحداث الباب،

---

(١) ٨/ ١٩٣.

الفروع إلى مثل ما كان، وبضمان ما فوته من غير منفعة، وعلى وُلاة الأُمور إلزامُه بما يجب عليه، فإن أبى، عُوقب بحبسٍ وضرب، ونحوه، فإن المدين يعاقب بذلك، فكيف بمن امتنع من فعلِ واجب مع تَقدم ظُلمٍ.

٢/٦٨ فعلى الأول: يكون تمليكاً/ للمسجد ونحوه، جزم به الحارثي، أي: للمسلمين لنفعهم به، وظاهر كلام الشيخ وغيره: لا يملك؛ لأنهم ذكروا في الإقرار له وجهين*، كالحمل، وقد يوافق هذا قول ابن الجوزي وغيره: الموهوب له كلُّ آدميٍّ موجود، وفي «الترغيب» وغيره: الموهوب له يعتبر كونه أهلاً للملك في الجملة.

فلا يصح لجدار ولا بهيمة، ويصح لعبد، والأول أظهرُ، وهذا لا يخالفُه، ويتوجه من الوقف على حمل صحة الهبة وأولى؛ لصحَّتها لعبد،

التصحيح ....

الحاشية والخوخة، في العين الموقوفة[1]، وقد ذكرَه المصنف في باب الصلح[2]، في فصل: من صولح بعوض على إجرَاء ماء.

*** قوله: (لأنهم ذكروا في الإقرار له وجهين)**

قال المصنف في كتاب الإقرار[3]: (وإنْ أقرَّ لمسجدٍ أو مقبرةٍ أو طريقٍ ونحوِه، وذكر سبباً صحيحاً، كغلة وقفه، صحَّ، وإن أطلق، فوجهان).

فائدةٌ: قال في «الاختيارات»: قال في «المحرر»: ولا يصحُّ وقفُ المجهول. قال أبوالعباس: المجهولُ نوعان:

مبهمٌ، فمنع[4] هذا قريبٌ.

---

(١) ص ٤٠١ ـ ٤٠٢ .
(٢) ٦/ ٤٣٧ ـ ٤٣٨.
(٣) ١١/ ٣٩٩.
(٤) ليست في (د).

الفروع

ولا يُعتبر قَبُول ناظره*(ش) لتعذر[1] القَبُول، كحالة الوقف*. وذكر أبوالفرج: أنَّ أبَّدْتُ صريح، وأنَّ: صدقة موقوفة، أو مؤبدةً، أو لا تباعُ، كناية. ولا يصحُّ في الذمَّة بل في مُعَيَّن جائز بيعُه دائم نفعُه مع بقائه كإجارة، ولو مُشاع إذا قال: كذا سهما من كذا سهماً، قاله أحمد.

ثم يتوجه أنَّ المشاعَ لو وقفه مسجداً، ثبت حكمُ المسجد في الحال، فيُمنع منه الجنب، ثم القسمةُ متعينةٌ هنا؛ لتعينها طريقاً للانتفاع بالموقوف، وكذا ذكره ابن الصلاح. لا أمَّ ولد ورياحين وشمع، واعتبر أبومحمد

التصحيح

....

الحاشية

ومعينٌ، مثل أن يقف داراً لم يرها، فمنع هذا بعيدٌ، وقال أيضاً: ويصحُّ وقفُ الكلب المعلَّمِ والجوارح المعلَّمة، وما لا يقدرُ على تسليمه. وأقربُ الحدود في الموقوف: أنه كلُّ عين يجوزُ إعارتُها[2].

* **قوله: (ولا يعتبرُ قَبُولُ ناظرِه)**

أي: ناظر المسجد لا يُعتبر قَبُولُه لوقفِ المسجدِ؛ لأن الموقوفَ عليه وهو المسجدُ لا يتصورُ القبولُ منه.

* **وقوله: (كحالة الوقفِ)**

الظاهر: أن مرادَه كحالةِ وقفِ المسجدِ، فإنه لا يشترطُ له قبولٌ؛ لأن الناظرَ لا يكونُ إلاّ بعد الوقفِ، فلمَّا لم يشترطِ القبول لوقفِ المسجدِ، والوقفَ عليه حالَ وقف المسجد، فكذلك لا يشترطُ القبولُ للوقف بعدَ ذلك؛ لعدمِ إمكان القبولِ من المسجد الذي جُعل الوقفُ عليه، ومسألةُ القبول للوقف تأتي عن قريب في كلام المصنف[3]، وأن المرجحَ عدمُ اشتراط القَبُول، وفيه وجهٌ إذا كان على آدميٍّ معيَّن.

---

(١) في الأصل: «كتعذر».

(٢) في (ق): «عاريتها».

(٣) ص ٣٤١.

الفروع

الجوزي بقاءً متطاولاً أدناه عمر الحيوان، ولا قنديل نقد على مسجد، فيزكيه ربُّه. وقيل: يصحُّ فيه فيكسر ويصرف لمصلحته، وعنه: ولا حلي لتحلٍّ، وعنه: ولا منقولَ، ونقل المروذي: لا يجوز وقف سلاح، ذكره أبو بكر، وفي نقد لتَحَلٍّ ووَزْن فقط وجهان(م١)، ونقل الجماعة: لا يصحُّ، وإن أطلقَ، بطل، وقيل: يصحُّ، ويحمل عليهما، وكذا إجارته(١) (م٢).

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (وفي نقد لتَحَلٍّ وَوَزْن فقط وجهان) انتهى:

أحدهما: لا يصح، وهو الصواب. قال المصنف هنا: (ونقل الجماعة: لا يصح) (٢وهوالصحيح٢)، وهو ظاهر ما قدمه في «المغني»(٣) و «الشرح»(٤). قال الحارثي: عدمُ الصحة أصحُّ.

والوجه الثاني: يصحُّ، قياساً على الإجارة، وقال في «التلخيص»: إن وقفها للزِنَةِ، فقياس قولنا في الإجارة أنه يصحُّ.

مسألة ـ ٢: قوله: (وكذا إجارته) يعني: أن فيه الوجهين المطلقين إذا أجرها للتحلي أو الوزن.

أحدهما: يصحُّ، وهو الصحيحُ من المذهب، جزم به في «الخلاصة»، و«المغني»(٥)، و«المقنع»(٦)، و«التلخيص»، و«الشرح»، و«شرح ابن مُنجَّا»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم. قال في «المحرر»: وتجوز إجارة النقد للوزن، ونحوه. وقال في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الوجيز»، وغيرهم: وتجوز إجارة نقد للوزن، واقتصروا عليه، فظاهر كلامهم: أنه لا

الحاشية ....

(١) في (ر): «تجارته».
(٢ـ٢) ليست في (ط).
(٣) ٨/ ٢٣٠.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٣٧٣ ـ ٣٨٤.
(٥) ٨/ ١٢٦.
(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٤/ ٣٢٢.

الفروع

وعند القاضي إن أطلقَ، فقرضٌ. نقل جماعة فيمن وقف الدار ولم يحدَّها قال: وإن لم يحدَّها إذا كانت معروفةً. وفي «الوسيلة»: يصح وقفُ المصحفِ، روايةً واحدةً، وفي «الجامع»: وقف الماء، قال الفضل: سألته عن وقف الماء، فقال: إن كان شيئاً استجازوه بينهم، جاز، وحمله القاضي وغيرُه على وقفِ مكانِهِ*، ولا يصحُّ إلا على مُعينٍ يُملَكُ، ولا على حربيٍّ

التصحيح

يجوز للتحلي، اللهم إلاّ أن يقال: خرج كلامهم مخرج الغالب؛ لأن الغالب في النقد عدمُ التحلي به.

والوجه الثاني: لا يجوز.

إذا علمت ذلك ففي إطلاق المصنف الخلاف نظر ظاهر كما ترى، اللهم إلاّ أن يقال: إن قوله: (وكذا إجارته) لا يدل على أن الخلاف مطلق، بل على أن فيه خلافاً في الجملة، وهو مخالف لمصطلحه في مسائل كثيرة.

الحاشية

*** قوله: (قال الفضلُ: سألتُه عن وقف الماء، فقال: إن كان شيئاً استجازوه بينهم، جازَ. وحملَهُ القاضي وغيرُه على وقف مكانه)**

يحتملُ أن الإمامَ أحمد رأى جوازَ تسبيلِ الأعيان، كما يجوزُ تسبيلُ المنافعِ، وأطلق اسم الوقف على ذلك، ولو أرادَ ما قاله القاضي لم يحتج إلى قوله: (إن كان شيئا استجازوه بينهم جاز)، فإن وَقْفَ مكان الماءِ لا يتوقفُ صحتُه على استجازتهم له، فإنْ قيل: وتسبيلُ الماء لا يحتاجُ إلى استجازتِهم، قيل: أراد: استجازوا إطلاقَ لفظِ الوقف على السبيلِ، أي: يجوز رواية عنه[1].

قال الشيخ موفقُ الدين في «المغني»[2]: ولا تجوزُ المساقاةُ على شجر لا ثمر له، كالجوزِ والصفصاف. قال بعضُ مشايخ المذهب وأظنه القاضي علاء الدين[3] ابنَ اللحامِ، فإن ذلك وجد بخطِ الظاهرُ أنه خطُّه وربما يدلُّ هذا/ على أنه لا يصحُّ وقفُه أيضاً؛ لأن ما لا يُنْتفَعُ به إلاّبإتلافِ ١٧١ عينِه لا يصحُّ وقفُه، بل تصحُّ المساقاةُ عليه عند مَنْ جَوَّزَ المناصبةَ عليه، والصحيحُ المعمولُ به

---

(١) بعدها في (ق): «عنهم».

(٢) ٧/ ٥٣٠.

(٣) في (ق): «علي».

الفروع ومرتدٍّ، وحَمْلٍ؛ بناءً على أنه تمليكٌ إذَنْ، وأنَّه لا يَملِكُ، وفيهما نزاعٌ، وصححه ابنُ عقيلٍ والحارثي لحمل[1] (وم) كوصية له (و) وعبد*، وقيل: يصح له، وفي مكاتبٍ وجهان(م٣).

التصحيح **مسألة ـ ٣:** قوله: (وفي مكاتب وجهان) انتهى. يعني: هل يصح الوقف على المكاتب أم لا؟ وأطلق الخلاف في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: لا يصحُّ، وهو الصحيح، وعليه أكثرُ الأصحاب، وقطع به في «الفصول»، و«المغني»[2]، و«التلخيص»، و«البلغة»، و«المستوعب»، و«الشرح»[3]، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم.

الحاشية صحَّةُ وقفه؛ لأنه يتموَّلُ ويستخلف شيئاً فشيئاً، فهو كالماء، ثمرتُه وفائدتُه من جنسِ أصله، لكن إذا وقف فما انقطع منه، فهو كالثمرة، يُباعُ ويُقسمُ على مستحقِّي الوقف، وظهر من هذا أن الماء يصحُّ وقفُه، ثم ذكر روايةَ الفضلِ المتقدمةِ وكلامَ القاضي، وأن الماءَ دخل من باب التبعيةِ للمكان، ثم قال: والأظهرُ أنَّ هذا النصَّ يقتضي تصحيحَ الوقفِ لنفس الماء كما يفعلُ أهلُ دمشقَ، يقف أحدُهم حصَّتَه أو بعضَها من ماء النهر. قال الحارثي: وهذا مشكلٌ من وجهين:

أحدهما: إثباتُ الوقفِ فيما لم يملكه، فإنَّ الماءَ يتجددُ شيئاً فشيئاً.

والثاني: ذهابُ العينِ بالانتفاعِ، والوقفُ يستدعي بقاءَ أصلٍ يُنتفعُ بثَمَرَتِه على ممرِّ الزمانِ، ولكن قد يقالُ: مادةُ الحصولِ من غيرِ تأثير بالانتفاع، تُنزَّلُ منزلةَ بقاءِ العينِ مع الانتفاعِ، ويؤيِّدُ هذا، صحةُ وقفِ البئرِ، فإنَّ الوقف يحلُّ مجموعَ الحفيرةِ والماءِ، فالماء أصلٌ في الوقف وهو المقصودُ من البئرِ، ثم لا أثرَ لذهابِ العين بالاستعمال؛ لتجددِ بدله فهنا كذلك، فيجوزُ وقفُ الماء، والله أعلم.

* **قوله: (وعبد)**

يعني: لا يصح على عبد، فظاهره لا يصح، وإن قلنا: يملك، قال في «القواعد»: هو قول الأكثر؛ لضعف ملكه، وبناه بعضهم على ملكه بالتمليك فإن قيل: يملك، صحَّ وإلاّ، فلا.

---

(١) في الأصل: «كحمل».

(٢) ٨/٢٣٦.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/٣٩٦.

الفروع

وفي وقف أحد هذين، وعليه، وجه، ومسجد، لجهالته، ومعدوم أصلاً: كـ: وقفته[1] على من سيولد لي، أو لفلان، وصححه فيه في «المغني»[2] (وم) لأنه يرادُ للدوام، بخلاف الوصية، وفي «الترغيب»: هو منقطع الأول، ولم يعتبر الحارثي أن يملك؛ لحصول معناه، فيصحُّ لعبدٍ وبهيمةٍ ينفق عليهما، ولا على نفسه، وعنه: يصحُّ، ذكره في «المذهب» ظاهر المذهب. واختاره ابن أبي موسى وابن عقيل وأبوالمعالي وشيخنا[☆]،

التصحيح

والوجه الثاني: يصح، اختاره الحارثي.

تنبيهان:

(☆) **الأول**: قوله[3]: (ولا) يصح الوقف (على نفسه، وعنه: يصح، ذكره في «المذهب» ظاهر المذهب، واختاره ابن أبي موسى وابن عقيل وأبوالمعالي وشيخنا). انتهى.

فقوله (اختاره ابن أبي موسى، وابن عقيل) تابع فيه للشيخ في «المغني»[4]، والشارح، وفيه نظر؛ إذ المجزوم به في «الإرشاد»[5] عدم الصحة؛ فإنه قال: فإن وقف على نفسه، فإذا مات كان على المساكين، كان باطلاً، ولم يكن وقفاً صحيحاً، وكان باقياً على ملك ربه، فإذا توفي فهو للورثة. انتهى.

وكذلك المصحَّح في «الفصول» عدمُ الصحةِ، فإنه قال: واختلفت الروايةُ فيما إذا قال: وقفتُ هذه الدار على نفسي ثم على ولدي ثم على المساكين، فروي عن أحمد: أن الوقف صحيحٌ، وفرَّعَ عليها، ثم ذكر فصلاً فيه بعض فروع من المسألة، ثم قال: وقد

الحاشية

....

(١) في الأصل: «كوقفيته»، و(ط): «كوقفه».

(٢) ٨/ ٢٠١ ـ ٢٠٢.

(٣) في الصفحة ٣٣٣ .

(٤) ٨/ ١٩٤.

(٥) ص ٢٣٩.

الفروع كشرط غلته له أو لولده مدةَ حياتِهِ، في المنصوص، ومتى حَكَم به حاكمٌ حيث يجوز له الحكمُ، فظاهرُ كلامهم: ينفذُ حكمُه ظاهراً، وأن فيه في الباطن الخلاف.

وفي «فتاوى أبي عمرو بن الصلاح» فيما إذا حكم به حنفيٌّ وأنفذه شافعيٌّ: للواقف نقضه إذا لم يكن ذلك الصحيح في مذهب أبي حنيفة وإلا جاز له نقضه في الباطن فقط، بخلاف صلاته بالمسجد وحده حياته لعدم القربة والفائدة فيه، ذكره ابن شهاب وغيره.

التصحيح روي عنه رواية أخرى: أنه باطلٌ لا أعرفه، فعلى هذه الرواية: يكون على ملكه ولايصير وقفاً عليه يجوز له التصرف فيه[1] بسائرِ التصرفات، من بيع وغيره، وإذا مات انتقل إلى ورثته، وهذه الرواية[1] أصحُّ، وعَلَّل ذلك بعللٍ جيدةٍ، فهذا لفظ ابن أبي موسى، وابن عقيل في «الفصول»، ولم يذكر المسألة في «التذكرة»، ففي نقل المصنف ومَنْ تابعه المصنف عنهما نَظَرٌ ظاهرٌ، وكلامه في«الفصول» في أول المسألةِ مُوهمٌ؛ لكونه ذكرَ كلَّ روايةٍ في فصلٍ، وذكر [2]رواية الصحَّةِ في الفصل الأول؛ فالظاهرُ أنه نظر في الأول ولم ينظر[2] في الثاني، والله أعلم، اللهم إلاّ أن يكونَ وجدَ في غير هذين الكتابين، وهو بعيدٌ.

(☆) **والثاني**[3]: قوله: (ويملكه الموقوف عليه، وعنه: ملك لله، فينظر فيه، ويزوجه حاكم، وقيل: لا يزوجها، ويلزمه بطلبها مصروفة في مثلها) انتهى.

هنا سقط بين قوله: (بطلبها) وقوله: (مصروفة)، والمسألة مفروضة فيما إذا وطئ الأمة. قال في «الرعاية الكبرى»: فإن وطئ، فلا حدَّ، ولا مهرَ، وولده حرٌّ إن أولدها، وتصير أمَّ ولدٍ تَعتق بموته، وقيمتُها في تركته مصروفةٌ في مثله. انتهى.

ففي كلام المصنف نقصٌ بمقدار هذا، والظاهر: أنه تابعه في ذلك، والله أعلم؟

الحاشية ....

---

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢-٢) ليست في (ط).

(٣) سيأتي ص ٣٤٣ .

الفروع

ولا يصح إلاّ على بِرٍّ*، كقرائب من مسلم أو ذمي. نص عليه، وكمساجد ونحوها. قال جماعة منهم الشيخ: وإنما صح وإن كان تمليكاً؛ لأنه على المسلمين؛ لأنه يعود نفعه إليهم، والحجِّ والغزوِ، وقيل: ومباحٍ، وقيل: ومكروهٍ، لا كتابة توراة وإنجيل، ولا كنيسة وبيعة. نص عليه.

وفيهما في «الموجز» رواية: كمارٍّ بهما، وفي «المنتخب» و«الرعاية»: ومارٍّ بها منهم*، وقاله في «المغني»(١)، في بناء بيت: يسكنه المجتاز منهم، وفيه وفي «عيون المسائل» و«المغني»(١) وغيرهما: يصح على أهل الذمة*، كالمسلمين.

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (ولا يصحُّ إلاعلى بِرٍّ) إلى آخره.

اختُلف هل يشترطُ أن يكون على بِرٍّ، فلا يصحُّ على غنيٍّ؟ أو يشترطُ أن لا يكونَ على معصية فيصحُّ على الأغنياء؟ فيه قولان؛ ذكرهما الزركشيُّ. وقد أشارَ المصنف إلى الخلاف بقوله: (لا يصح إلا على بِرٍّ. . . وقيل: ومباحٍ).

* قوله: (و «الرعاية» ومارٍّ بها منهم)

لم يوجد في نسخ «الرعاية»: منهم، وكذلك قوله: (في«المغني». . .: يسكنه المجتازُ منهم) لم يوجد في «المغني» «منهم»، بل أطلق في الوقف.

* قوله: (وفي «عيون المسائل»، و«المغني»، وغيرهما: يصح على أهل الذمة) إلى آخره.

الوقف على أهل الذمة إن كانوا أقاربَ، صحَّ، وإن كانوا أجانبَ، ففيه ثلاثةُ أقوالٍ: لا يصحُّ، وذكره الزركشيُّ ظاهر كلام الشيخ مجد الدين، أو يصحُّ، نقلَه عن «المغني» كما ذكره المصنف، أو يصحُّ من ذميٍّ، وقد أشار إليه المصنفُ، كما نقله عن «الواضح»، والفرقُ بين قول الحُلواني، وقول «الواضح»، أن الحُلواني صححه على فقرائهم، ولم يقيد بكون الواقف ذميّاً، و«الواضح» قيّده بالذميّ؛ فظاهرُه: لا يصحُّ من مسلم.

---

(١) ٨/ ٢٣٦.

الفروع

وصححه الحلواني على فقرائهم، وصححه في «الواضح» (١من ذمي١) عليهم وعلى بيعة وكنيسة، ووصية كوقف* للكل، وقيل: من كافر، وفي «الانتصار»: لو نذر الصدقة على ذمية، لزمه، وذكر في «المذهب» وغيره: يصح للكل*، وذكره جماعة رواية، وذكر القاضي صحتها بحُصْرٍ وقناديلَ.

ولا يعتبر في الوصية القربةُ، خلافاً لشيخنا؛ فلهذا قال: لوجعل الكفر أو الجهل شرطاً في الاستحقاق، لم يصح، فلو وصى لأجهل الناس. . . لم يصح، وقال: لو حبس الذميُّ من مال نفسه شيئاً على معابدهم، لم يجز للمسلمين الحكم بصحته؛ لأنه لا يجوز لهم الحكم إلاّ بما أنزل اللّه. قال: ومما أنزل اللّه أن لا يُعاونوا على شيء من الكفر والفسوق والعصيان، فكيف يُعاونون بالحبس على المواضع التي يكفرون فيها؟.

وعلل في «المغني»(٢) الوصية لمسجد بأنه قربة، وفي «الترغيب» صحتها لعمارة قبور المشايخ والعلماء، وفي «التبصرة»: إن أوصى لما لا معروف فيه ولا بِرَّ، ككنيسة أو كتب التوارة، لم يصحَّ، وأبطل ابن عقيل وَقفَ ستورٍ لغير

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (ووصية كوقف)

الظاهر: أن مرادَه الوصيةُ على أهلِ الذمة، وكتابة التوراة والإنجيل والبيعة والكنيسة من المسلم والكافر، كالوقف على ذلك فيما تقدَّمَ، وليس مرادُه جميعَ ما تقدَّم، بدليل قوله: (ولا يعتبرُ في الوصية القربةُ، خلافاً لشيخنا).

* قوله: (يصحُّ للكلِّ)

الظاهر: أنه عائدٌ إلى الوصية، وقوله: (للكلِّ)، أي: مما تقدم من أهلِ الذمةِ، وكتابة توراة وإنجيل وبيعة وكنيسة.

(١ـ١) ليست في (ر).

(٢) ٨/ ٢٣٦.

الفروع

الكعبة؛ لأنه بدعةٌ، وصححه ابن الزاغوني، فيصرف لمصلحته، ذكر ذلك ابن الصيرفي، وفي «فتاوى ابن الزاغوني»: أنه معصيةٌ لا ينعقدُ، وأفتى أبوالخطاب بصحته، وينفق ثمنها على عمارته، ولا يستر؛ لأن الكعبة خصت بذلك، كالطواف[1].

وشرط استحقاقه ما دام ذمياً لاغ، وصححه في «الفنون»؛ لأنه إذا وقفه على الذمة من أهله دون المسلم لا يجوز شرطه لهم حال الكفر، وأي فرق؟ ويصح على الصوفية، قال شيخنا: فمن كان منهم جمّاعاً للمال ولم يتخلق بالأخلاق المحمودة ولا تأدب بالآداب الشرعية غالباً، أو فاسقاً لم يستحق، لا آداب وضعية*، وإن كان قد يجوز للغني مجرد السكنى، ولم يعتبر الحارثي الفقر، ويتوجه احتمال: لا يصح عليهم، ولهذا قال الشافعي: ما رأيت صوفيّاً عاقلاً إلاّ سَلَماً الخواص، وقال: لو أن رجلاً تصوف من أول النهار، لم يأت الظهرُ إلاّ وجدتَّه أحمقَ.

ولا يصح معلقاً بشرط، وفيه وجه، وكذا مؤقتاً، فإن صح فبعده، كمنقطع، وقيل: يلغو توقيته.

التصحيح ....

الحاشية

* **قوله: (لا آداب وضعية)**

أي: الآدابُ التي وضعت وليست شرعيةً.

فائدة: إذا قال: هو وقفٌ على فلان، فإذا مات فهو لولدي أو لفلان، فقد ذكر المصنفُ في الهبة ما يتعلّقُ بذلك عند العمرى، والرقبى[2] فيراجع.

---

(١) في (ر) و(ط): «الطواف».

(٢) ٤٠٩.

الفروع

ويصح تعليقه بموته من ثلثه، وقيل: لا، وإن شرط فاسداً كخيار فيه وتحويله وتغيير شرط، لم يصح، وخرج من البيع صحته*، ويلزم بإيجابه*، وعنه: بإخراجه عن يده، اختاره في «الإرشاد»[1]، فلو شرط نظره له، سلّمه ليد غيره ثم ارتجعه.

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (وإن شرط فاسداً، كخيارٍ) إلى قوله: (وخرج من البيع صحتُه)

أي: يصحُّ الوقفُ ويلغو الشرطُ كما قيل في البيع على الخلاف.

* قوله: (ويلزم بإيجابِه) إلى آخره.

ظاهرُ كلامِ «المغني»[2]: أنا إذا قلنا: لا يفتقر إلى قبولٍ، أنه يلزمُ في حقِّ الموقوفِ عليه بمجرده، ولو رده كما يلزم في حقِّ الواقف؛ فإنه قال: إن قلنا: لا يفتقرُ إلى قبول، لم يبطل برده وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً، كالعتقِ، وإن قلنا، يفتقر إلى القبول فردَّه من وُقفَ عليه، بطل في حقه، وصار كالوقف المنقطع الابتداء، يخرجُ في صحته في حقِّ منْ سواه، وبطلانه وجهان؛ بناء على تفريق الصفقة، وقد صرَّح المصنفُ بأنَّ الخلاف في القَبُول بالنسبة إلى لزومِ الوقف وعدمِ لزومه؛ (ويلزم بإيجابه) ثم قال: وقيل: (إن كان على آدميٍّ معين، اشترِطَ قَبُولُهُ) وهو معنى كلامِ «المحرر»، وظاهر «المغني»[2] [3]: أن الخلاف في اللزومِ، فإن قيل: إذا حكم بعدمِ لزومه لعدمِ القبولِ، فهل يكونُ صحيحاً، وإن لم يكن لازماً أو يبطل؟ قيل: قد عُلم ذلك من لفظ «المغني»؛ وأنه[4] يبطل بالنسبة إلى من رده، وأنه بالنسبة إلى من بعده فيه وجهان؛ بناءً على تفريق الصفقة، وقد أشارَ المصنف إلى السؤال بقوله: وإن لم يقبل، فقيل: كمنقطع الابتداء، وقيل: يصح، وهو أصح.

تنبيه: ظاهرُ كلام المصنف أن الروايةَ في اشتراط إخراجِهِ عن يده في لزومِ الوقفِ لا في صحته،

---

(١) ص ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

(٢) ٨/ ١٨٧ـ ١٨٨.

(٣) في (ق): «أي».

(٤) في (ق): «لأنه».

الفروع

ورأيت بعضهم قال: قال القاضي في «خلافه»: ولا يختلف مذهبه أنه إذا لم يكن يصرفه في مصارفه ولم يخرجه عن يده، أنه يقع باطلاً*، وقيل: إذا كان على آدمي معين اشتُرط قَبولُه، كهبة ووصية.

قال شيخنا: فأخذ ريعه قبولٌ، وذكر صاحب «النظم» في غير[1] المعين احتمالاً: يقبله نائب إمام. ولو وقف على ثلاثة ثم على[2] الفقراء فمات بعضهم أو رَدَّ، فنصيبه للباقي، فإن ماتوا أو رَدُّوا، فللفقراء، وقال شيخنا: اختلف فيما إذا رَدَّ ثم قَبِل هل يعود؟ وإن لم يقبل؛ فقيل: كمنقطع الابتداء، وقيل: يصحُّ، وهو أصحُّ، كتعذر استحقاقه لفوت وصف فيه.

فصل

إذا وقف على جهة منقطعة ولم يزد[3]، صحَّ، ويصرف بعدها إلى ورثته

التصحيح

....

الحاشية

وهو ظاهرُ «المحرر»، وكلام «الكافي»[4] و«المغني»[5] كالصريح في ذلك، وهو ظاهرُ «الفائق»، وزاد: فإن مات قبل ذلك بطل، وهذا أيضاً كالصريح؛ لأنه لو كان شرطاً للصحة، [6]لم يقل: بطل؛ إذ لو كان شرطاً للصحة[6] كان باطلاً من أصله، فلما ذكر أنه يبطل بموته، دلَّ على أنه صحيحٌ قبل ذلك، فيكون الخلافُ في اللزومِ فقط، وظاهر «المقنع»[7] و«تجريد العناية» للبعلي: أنَّ الخلافَ في الصحَّة، وصرَّحَ به في «الهداية».

* **قوله: (ورأيت بعضهم قال: قال القاضي في «خلافه»: ولا يختلفُ مذهبه، أنه إذا لم يكن يصرفه [في] مصارفه، ولم يخرجه عن يده، أنه يقع باطلاً)**

ظاهره: أنَّ المرادَ مذهبُ أحمدَ، وظاهرُ ما قاله الشيخُ تقي الدين في أول مسألة مبادلةِ الأوقافِ، أنَّ

---

(١) في الأصل: «عين».

(٢) ليست في الأصل.

(٣) في (ر): «يرد».

(٤) ٣/ ٥٧٨ .

(٥) ٨/ ١٨٧ .

(٦-٦) ليست في (د).

(٧) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٤١٨.

الفروع نسباً بقَدْرِ إرثِهم منه، وعنه: إلى عصبتِهِ، وعليهما يكون وقفاً، وعنه: ملكاً، وقيل: على فقرائهم/، وعنه: يصرف في المصالح، وعنه: للفقراء، اختاره ٢/ ٦٩ جماعة، وعليهما وقف، وعنه: يرجع إلى ملك واقفه الحي. ونقل حرب: أنه قَبْل ورثته لورثة الموقوف عليه، ونقل المروذي: إن وقف على عبيده، لم يستقم، قلت: فيعتقهم؟ قال: جائز، فإن ماتوا ولهم أولاد، فلهم، وإلاّ فللعصبة، فإن لم يكن، بيع، وفرق على الفقراء، وكذا إن وقفه ولم يزد[1].

وقال القاضي وأصحابه: في وجوه البر. وفي «عيون المسائل» فيها، وفي: تصدقت به لجماعة المسلمين، وفي «الروضة»: إن قال: وقفته، ولم يزد، صح، في الصحيح عندنا، وإن وقف على جهة باطلة* ثم صحيحة،

التصحيح ....

الحاشية المرادَ مذهبُ مالكٍ، فإنه قال: اختلفوا هل يُشترط لصحةِ الوقفِ إخراجُ الأعيانِ عن يده؟ على قولين:

أحدهما: عدم الاشتراطِ، وهو ظاهرُ المذهب وقول أبي حنيفةَ والشافعي.

والثاني: اشتراطُهُ، كقولِ مالكٍ وإحدى الروايتين عن أحمدَ، وعن مالكٍ: أنه إن كان الواقفُ يصرفُهُ في مصارفِه المشتَرَطَةِ، لم يفتقر إلى إخراجِهِ عن يده، قال القاضي في «خلافه»: ولا يختلفُ مذهبُه أنه إذا لم يكن يصرفُه في مصارِفِه، ولم يخرجه عن يده، أنه يقعُ باطلاً، ولعل المصنفَ نقل كلامَه من كلام ابن قاضي الجبل، قال لي بعضُ الأصحابِ: وكلامُه يُفْهِمُ ما نقله المصنفُ.

* قوله: **(وإن وقف على جهةٍ باطلة)** إلى آخره.

قال في «المغني»[2] و «الشرح»[3]: فإن وقف على جهةٍ، لا يجوز الوقفُ عليها، كنفسه، وأمِّ ولده، وعبده، ومجهولٍ، فإن لم يذكر له ما لا يجوزُ الوقف عليه، فالوقفُ باطلٌ.

---

(١) في (ر): «يرد».

(٢) ٨/ ٢١٤.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٤٠٤.

الفروع

صُرف إليها، وقيل: مع بقاء الباطلة ومعرفةِ انقراضها مصرفُ المنقطع، وخرج من تفريق الصفقة بطلانُ منقطع وَسطه، أو أحد طرفيه، أو هما.

ويملكه الموقوف عليه، فينظر فيه هو أو وليه، وقيل: يُضَمُّ إلى الفاسق أمينٌ، ويزوجه إن لم يشرطه لغيره[١]، ولا يتزوجه، ويفديه، وعنه: هو ملك للّه تعالى فينظر فيه، ويزوجه حاكم ويتزوجه، وجنايته في كسبه، وقيل: في بيت المال، وهو رواية في «التبصرة».

وقيل: لا يزوجها، ويلزمه بطلبها* مصروفة في مثلها*، وقيل: مصروفة للبطن الثاني إن تلقى الوقفَ من واقفه، فدل على خلاف، وفي «المجرد»، و«الفصول»، و«المغني»[٢]، وغيرها: أن البطن الثاني يتلقونه من واقفه[٣] لا من البطن الأول، فلهم اليمين مع شاهدهم؛ لثبوت الوقف مع امتناع بعض البطن الأول منها، وإن سرقه أو نماه فإن ملكه المعين، قطع، وإلاّ فلا، في الأصح فيهما، لا بوقفه[٤] على غير معين.

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (ويلزمُه بطلبها)

أي: يلزمُه تزويجُها بطلبها.

* قوله: (مصروفةٌ في مثلها)

كذا في النسخ، والظاهر: أنه سقطَ صدرُ المسألةِ، والمسألةُ مفروضةٌ فيما إذا وَطِئَ الأمةَ، قال في «الرعاية»: فإن وطئَ، فلا حدَّ ولا مهرَ، وولدُه حرٌّ إن أولدها، وتصير أمَّ ولد تَعتق بموته، وقيمتُها في تركته مصروفةٌ في مثلها.

(١) في (ر): «كغيره».

(٢) ٨/ ١٩٧.

(٣) في الأصل: «الواقف».

(٤) في (ر) و(ط): «بوقف».

الفروع

والأصح: يخرج المعين فطرته على الأولى، كعبد اشتُرِيَ من غلَّة الوقف لخدمة الوقف؛ لتمام التصرف فيه، ذكره أبوالمعالي، ويبطل بقتله قَوَداً لا بقطعه، وإن قتل، فالظاهر لا قود، كعبد مشترك، ولا يعفو عن قيمته، وإن قطع طرفه، فللعبد القود، وإن عفا، فأرشه في مثله، وفي «الترغيب» احتمالٌ: كنفعه، كجناية بلا تلف طرف، ويُعايا بها: بمملوك لا مالك له، وهو عبدٌ وقف على خدمة الكعبة، قاله ابن عقيل في «المنثور»، وعنه: لا يزول ملكُ واقفه، فتلزمه الخصومةُ فيه ومراعاتُه، ولا يصحُّ عتقُ موقوف، ويتوجه عتقُ من عُلِّق عتقه بصفة*، على رواية: يملكُه واقفُه، وينظر حاكمٌ فيما لا ينحصرُ أو على مسجد ونحوه. وسأله المروذي في دار موقوفة على المسلمين، إن تبرَّعَ رجلٌ فقام بأمرها وتصدقَ بغلَّتها على الفقراء؟ فقال: ما أحسن هذا!. ومن شرط نظرَه له لم يَعزلْه بلا شرط، وإن شرطه(١) لنفسه ثم لغيره(☆)، أو فوَّضَه إليه، أو أسندَه، فوجهان*(م٤).

التصحيح

مسألة ٤: قوله: (ومن شرط نظره له، لم يعزله بلا شرطٍ، وإن شرطه لنفسه ثم لغيره(٢)، أو فوَّضَه إليه، أو أسنده، فوجهان). انتهى. يعني: هل له عزله أم لا؟:

الحاشية

* **قوله: (ويتوجه عِتقُ من علق عتْقُهُ بصفةٍ)**

الظاهرُ: أن تعليقَ عتقه بالصفة كان قبل وقفيَّتِه.

* **قوله: (وإن شرطَه لنفسه ثم لغيره، أو فوضَه إليه أو أسنده، فوجهان).**

أحدهما: له عزلُه.

والوجهُ الآخرُ: ليس له عزلُه. قال في «الرعاية»: وإن قال: وقفتُ كذا بشرط أن ينظرَ فيه زيدٌ، أو على أن ينظر فيه، أو قال عقبه: وجعلته ناظراً فيه، أو جعلت النظرَ له، صحَّ، ولم يملك عزله، وإن شرطَه لنفسه ثم جعلَه لزيد، أو قال: جعلت نظري له/ ، أو فوضت إليه ما أملكه من النظر فيه، ١٧٢

(١) في الأصل: «شرط».

(٢) في (ص): «أو غيره».

الفروع ....

التصحيح ١٦٠

أحدهما: له عزلُه، وهوالصحيحُ والصواب/ ، قدمه في «الرعاية الكبرى» فقال: فإن قال: وقفت كذا بشرط أن ينظر فيه زيدٌ، أو على أن ينظرَ فيه، أو قال عقبه: وجعلته ناظراً، فيه، أو جعل النظرَ له، صحَّ، ولم يملك عزلَه، وإن شرطه لنفسه ثم جعله لزيدٍ فقال: جعلت نظري له، أو فَوَّضتُ إليه ما أملكه من النظرِ، أو أسندتُه إليه، فله عزلُه، ويحتملُ عدمُه. انتهى.

وقال الحارثي: إذا كان الوقفُ على جهةٍ لا تنحصرُ، كالفقراءِ والمساكينَ، أو على مسجدٍ، أو مدرسةٍ أو قنطرةٍ أو رباطٍ ونحو ذلك، فالنظرُ للحاكم وجهاً واحداً. وللشافعية وجهٌ أنه للواقفِ، وبه قال هلالُ الرأي[١] من الحنفية. قال الحارثي: وهو الأقوى، فعليه: له نصبُ ناظرٍ من جهته، ويكون نائباً عنه، يملكُ عزلَه متى شاء؛ لأصالةِ ولايتِهِ، فكان منصوبُه نائباً عنه، كما في الملك المطلق، وله[٢] الوصيةُ بالنظر؛ لأصالة الولايةِ، إذا قيل بنظره له أن ينصبَ ويعزلَ أيضاً كذلك. انتهى.

الحاشية

أو أسندته إليه، فله عزله، ويحتمل عدمُه. قلت: ويؤخذ منه: هل التفويضُ والإسنادُ هناعقدٌ جائز أم لازمٌ؟ فيه الوجهان.

واعلم: أن كلام المصنف فيه دلالةٌ على أنه إذا شرطه لنفسه، له التفويضُ والإسنادُ جزماً، وهو مخالفٌ لظاهر قوله: (وكذا للناظر بالشرط، إن جاز للوكيل)؛ لأن الناظر استفاده[٣] بالشرط؛ لقوله: (شرطَه لنفسه)، وظاهر كلام المصنف على أحد الوجهين، أن له عزلَ فلان الذي جعل النظرَ له، وربما يقالُ: إن هذا يخالفُ ما قبلَه من قوله: لم يعزله بلا شرط، وكونُه يملك عزلَه مشكلٌ؛ لأن هذه الصورةَ تَقْرُبُ مما إذا قال: وقف[٤] على زيد، ثم على عمروٍ؛ فإنه لا يملك عزلَ عمروٍ بعدَ ذلك، كذلك إذا شرط النظرَ لفلان لم يملك عزلَه بعد ذلك، وصاحبُ «الرعاية» قال:

(١) هو: هلال بن يحيى بن مسلم، الرأيُ، البصري، وإنما لُقِّبَ بالرأي لسعة علمه، وكثرة فقهه، أخذ العلم عن أبي يوسف، وزفر. من مصنفاته: «أحكام الوقف»، و«مصنف في الشروط». (ت٢٤٥هـ). «الجواهر المضية» ٣/ ٥٧٢.

(٢) في (ط): «لو».

(٣) في (ق): «استفادة».

(٤) في (د): «وقفت».

الفروع وللناظر بالأصالةِ* النصْبُ والعزلُ، وكذا للناظرِ بالشرطِ إن جاز للوكيل

التصحيح فصاحب «الرعاية» ذكرَ: إذا شرطَه لنفسه، ثم جعله لغيره، أو فوضه إليه، أو أسنده. والحارثي ذكر: إذا كان النظرُ للواقف، فله نصبُ غيره وعزلُه، وقطع به.

والوجه الثاني: ليس له عزلُه. وهواحتمالٌ في «الرعاية» كما تقدم.

(✩) تنبيه: قوله: (أوغيره)[1] لم يظهر معناه، والظاهر: أن هنا نقصاً، وتقديره: وإن شرطه لنفسه ثم جعله مثلاً لزيدٍ أو غيرِه، فالنقص هو: «ثم جعله لفلان»، ويؤيده كلامُه في«الرعاية»، والله أعلم.

وأمّا إن جعلناه على ظاهره، وقلنا: هو معطوفٌ على قوله: (لنفسه) فيكون تقديرُ الكلام: وإن شرطه لغيره فهل له عزله؟ فيه وجهان: فيردُّه قولُه أول المسألةِ: (ومن شرط نظره له، لم يعزله) ولا يتأتى عودُه إلى الناظرِ بالشرط إذا كان غيرَ الواقف؛ لأنه يأتي في كلام المصنف بعد هذا، والله أعلم.

الحاشية إذا شرطه لنفسه ثم جعله لغيره جعل الخلافَ في هذه الصورةِ وهو ظاهرٌ، ولعل المصنفَ قصدَهَا، وحصل في الكتابة تغييرٌ، فيحتمل أن يكون الأصلُ: وإن شرطَه لنفسه ثم جعله لغيره، وعليه يدل ما بعده، وهو قوله: (أو فَوَّضَه إليه، أو أسنده: فوجهان) فالتفويضُ والإسنادُ ليس داخلاً تحت الشرط، فكذلك ما قبله، ومما يقوي هذا أن المصنفَ لم يذكر الصورة التي ذكرها في «الرعاية»، وهي ما إذا شرطه لنفسه، ثم جعله لغيره، فلو كانت الصورة التي ذكرها المصنفُ غير صورةِ «الرعاية» لأفرد صورة «الرعاية» بكلام يدلُّ عليها ليقيِّدَها، وفي الجملة تفسيرُ صورةِ المصنف بصورة «الرعاية» ظاهرٌ، وحملُ كلامِ المصنفِ على ظاهره مشكلٌ من جهة المعنى؛ لأنَّ فيه إبطالُ الشرط المذكور، وهو بعيدٌ فيما نَعرفه من قواعد شروط الوقف، والله أعلم.

* **قوله: (وللناظر بالأصالَةِ) إلى آخره.**

قال الحارثي: وفيه وجه ثالث للشافعية[2]: أنه للواقف، يعني: النظرَ في صورةٍ إذا لم يشترط له ناظراً، قال: وبه قال هلال الرأي من الحنفية: وهو الأقوى؛ لأن عمرَ وعليّاً وعمرو بنَ العاص كانوا يلُون أوقافهم، وليس في شيءٍ من أوقافِهم الاشتراطُ لأنفسهم، ولأنه المتصدقُ فكان أولى

---

(١) تقدم في ٣٤٤، لكن جاءت في متن «الفروع» بلفظ: «ثم لغيره».

(٢) ليست في (ق).

الفروع

التوكيلُ، ولا يُوصي به، ومن شرطه له إن مات، فعزلَ نفسَه أو فسقَ، فكموته؛ لأنَّ تخصيصَه للغالب، ذكره شيخنا، ويتوجه: لا، ولو قال: النظر[1] بعده له[2]، فهل هو كذلك، أو المراد: بعد نظره؟ يتوجه وجهان(م٥).

التصحيح

مسألة ـ ٥: قوله: (ومن[3] شرطه له إن مات، فعزَلَ نفسَه أو فسقَ، فكموته؛ لأنَّ تخصيصَه للغالب، ذكره شيخنا، ويتوجه: لا، ولو قال: النظرُ بعده له، فهل هوكذلك، أو المرادُ: بعد نظره؟ يتوجه وجهان). انتهى.

قلت: الصوابُ أنها كالتي قبلها، فإن قوله: (النظرُ بعده له) كقوله: النظرُ بعد موته[4] له، واللّه أعلم.

الحاشية

بإمضائها وصرفِها مصارِفها، وعلى هذا له نصبُ ناظرٍ من جهته يكون نائباً عنه يملك عزلَه متى شاء؛ لأصالةِ ولايتَه فكان منصوبه نائباً عنه كما في الطلق، وله أيضاً الوصية بالنظر [٥لأصالة الولاية، ولهذا أوصى عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما بالنظر٥] لابنه إذا قيل بنظره: له أن ينصب ويعزل أيضاً كذلك، وأمّا الناظرُ المشروطُ فليس له نصبُ ناظرٍ؛ لأن نظره بالشرط، ولم يشرط النصب له، وإن قيل برواية توكيل الوكيل كان له بالأوْلى؛ لتأكد ولايته، لانتفاء عزله بالعزل، وأمّا الوصية بالنظر فليس له، نص عليه في رواية الأثرم، وبه قال المالكيةُ والشافعيةُ خلافاً للحنفية، لنا: أنه إنما ينظرُ بالشرط، ولم يشرط [٦الإيصاءَ له٦]، فيكون منتفياً. انتهى. قلت: يتخرج لنا مثلُ قولِ الحنفيةِ من الروايةِ التي يجوز فيها للموصي أن يوصي وإن لم يشرط له[7] ذلك، والله أعلم.

واعلم أن كلامَ المصنفِ: (وللناظرِ بالأصالة). إلى آخره، لم أره إلاّ في كلامِ الحارثي هذا

---

(١) في الأصل: «الناظر».

(٢) ليست في (ط).

(٣) في (ط): «مع».

(٤) في (ط): «موت».

(٥ـ٥) ليست في (د).

(٦ـ٦) في (ق): «الأصالة».

(٧) ليست في (ق).

الفروع وللناظرِ التقريرُ في الوظائفِ، ذكروه في ناظرِ المسجدِ، وذكر في «الأحكام السلطانية»: أنه يُقرِّرُ في الجوامع الكبار الإمامُ، ولا يتوقف الاستحقاقُ على نصبه[1] إلاّ بشرط، ولا نظر لغيره معه، أطلقه الأصحابُ،

التصحيح ....

الحاشية المتقدِّم: والذي يظهر أنه نقلَه منه، فعلى هذا: يكون كلامُ الحارثي مُبيِّناً لهذا المقام، ومُفَسِّراً لمراد المصنف، ويكونُ المرادُ بالناظر بالأصالة: الواقفُ إذا قيل: النظر له على الوجه المذكورِ عن الشافعيةِ، وجعله الحارثي أقوى، ويحتمل أن يقال: الناظر بالأصالة من لم يتوقف استحقاق نظره على الشرط، فيدخل الحاكم والموقوف عليه، إذا قيل: النظر له، [٢]والواقف إذا قيل: النظر له[٢]، والمعنى الأول يقويه لفظُ الأصالة؛ لأن أصلَ الكلام عليه[٣] قبل الوقفِ كان له، ويقوي الثاني، أنه جعل الناظر بالأصالة في مقابلة الناظر بالشرط، فيكون كلٌّ من استحق النظر من غير شرط النظر له، ناظراً بالأصالة، لكن قد يقال: الموقوفُ عليه مستحق للنظر بالشرط المقدرِ المدلول عليه بالقرينة، فإن الواقفَ لما وقفَ عليه ولم يجعل النظر لغيرِه، كان ذلك قرينةً على اشتراط النظر له، والحاكمُ قد يقالُ: أنه داخلٌ في النظرِ الأصلي؛ لأن الحاكمَ له نظرٌ في أموال الناسِ في الجملة قبل صيرورتها، خصوصاً على قول من يقول: إن الحاكمَ له أن يولي فيما جعل إليه، وإن لم يشرط له ذلك، ولم ينَزَّل بمنزلةِ الوكيل عندَ طوائفَ من أهلِ العلمِ، وقد رَجَّحَهُ جماعةٌ من أئمة المذهب، وعمل الناس على هذا، فإنه حيث حُكمَ بالنظرِ للحاكمِ، أقامَ الحاكمُ في ذلك من يقومَ مقامَه، ولم يجعلوا غيرَه من النظار بمنزلتِهِ، فمرادُ المصنف والله أعلم غيرُ الحاكم، لكون أمر الحاكمِ معلوماً، فيكونُ مرادُه ما قالَه الحارثي: وأن الناظر بالأصالةِ هو الواقفُ إذا قيل: إن النظرَ له إذا لم يشرطْهُ لغيره، والناظر بالشرط من استحق النظرَ بشرط الواقفِ، والذي يقوي أن الموقوفَ عليه إذا قيل: يستحقُّ النظرَ بمنزلةِ الناظرِ بالشرط، والله أعلم.

---

(١) في (ط): «نصه».
(٢-٢) ليست في (د).
(٣) ليست في (د).

الفروع

وقاله شيخنا، ويتوجه مع حضوره[١]، فيقرر حاكم في وظيفة خلت[٢] في غيبته؛ لما فيه من القيام بلفظِ الواقفِ في المباشرةِ، ودَوامِ نفعِه.

فالظاهر: أنه يريده، ولا حُجَّةَ في توليةِ الأئمةِ مع البُعْدِ؛ لمنعهم غيرَهم التوليةَ، فنظيره منعُ الواقف التوليةَ لغيبة الناظرِ، ولو سبق توليةُ ناظرٍ غائبٍ، قُدمت، وللحاكم النظرُ العامُّ، فيعترض عليه إن فعل ما لا يَسوغُ، وله ضمُّ أمينٍ مع تفريطِه أو تهمته يُحَصِّلُ به المقصودُ، قاله شيخنا وغيره، ومن ثبت فسقُه أو أصر[٣] متصرِّفاً بخلافِ الشرطِ الصحيحِ، عالماً بتحريمِه، قَدَحَ فيه، فإما أن ينعزلَ أو يُعزلَ أو يُضمَّ إليه أمينٌ، على الخلافِ المشهورِ*(م٦).

التصحيح

مسألة ـ ٦: قوله: (وله ضمُّ أمينٍ مع تفريطِه أو تهمتِه يحصل به المقصودُ، قاله شيخنا وغيره، ومن ثبت فسقه أو أصرَّ متصرفاً بخلافِ الشرطِ الصحيح عالماً بتحريمه، قَدَحَ فيه، فإمَّا أن ينعزلَ أو يعزل[٤] أو يضمَّ إليه أمينٌ، على الخلافِ المشهورِ). انتهى.

اعلم: أنَّهُ يشترط في الناظرِ الإسلامُ، والتكليفُ، والكفايةُ في التصرفِ، والخبرةُ

الحاشية

*** قوله: (فإمّا أن ينعَزِلَ، أو يُعْزَل، أو يُضَمَّ إليه أمين، على الخلاف المشهور)**

المسألةُ مصرحٌ بها في الموصى إليه إذا فسق، هل ينعزلُ، أو يضمُّ إليه أمين؟

فائدةٌ: لو عُزِلَ من وظيفةٍ للفسق، ثم تاب وأظهر العدالةَ هل يعودُ؟ قال المصنف في «النكتِ على المحرر» عند قول «المحرر»: كما لو رُدَّت للفسقِ في باب شروط من تقبلُ شهادتُه: يتوجه أن يقالَ فيها ما قيلَ في مسألةِ الشهادةِ أو أولى؛ لأن تهمة الإنسان في حق نفسه ومصلحتِهِ، أبلغُ من حقِّ الغير، أما لو رأى حاكمٌ، ردَّه إليها بتأويلٍ أو تقليدٍ، كان له ذلك، كسائر مسائلِ الخلافِ، وهذا الذي ذكره من تخريجه على مسألة الشهادة يقتضي أن المرجحَ عدمُ عودهِ بتوبته، وهو مخالف لما جزم به هنا بقوله: (ثم إن صار أهلاً، أو الوصيُّ عاد كما لو صرح به، وكالموصوفِ، ذكره شيخنا).

---

(١) في الأصل: «خصومة».

(٢) في الأصل: «حلت».

(٣) في (ر): «أضر».

(٤) في النسخ الخطية: «عزل»، والمثبت من (ط).

الفروع ثم إن صار هو أو الوصيُّ أهلاً عاد كما لو صرَّحَ به، وكالموصوف، ذكره شيخنا، قال: ومتى فرَّطَ سَقَطَ مما له بقَدْرِ ما فَوَّتَه من الواجبِ، وفي «الأحكام السلطانية» في العامل: يستحقُّ مالَه إن كان معلوماً، فإن قَصَّرَ فترك

التصحيح به، والقوةُ عليه، ويضمُّ إلى الضعيف قويٌّ أمينٌ، ثم إن كان النظرُ للموقوفِ عليه وكانت توليتُه من الحاكمِ أو الناظر، فلا بُدَّ من شرط العدالةِ فيه. قال الحارثي: بغير خلاف علمتُه، وإن كانت توليتُه من الواقف وهو فاسقٌ أو كان عدلاً فَفسقَ، فقال الشيخُ والشارحُ وجماعةٌ من الأصحاب: يصحُّ، ويُضَمُّ إليه أمين، ويحتملُ أن لا يصحَّ توليةُ الفاسقِ وينعزلُ إذا فَسقَ. قال الحارثي: ومن متأخري الأصحاب من قال بما ذكرنا في الفسْق الطارئ دون المقارن[١] للولاية. والعكسُ أنسبُ، فإنَّ في حال المقارنة مسامحةٌ لما يتوقع منه، بخلاف حالة الطريان. انتهى.

وإن كان النظرُ للموقوفِ عليه، إمّا بجعل الواقف النظرَ له أو لكونه أحقَّ بذلك [٢]عند عدم ناظر، فهو أحقُّ بذلك[٢]؛ رجلاً كان أو امرأةً، عدلاً كان أو فاسقاً؛ لأنَّه ينظرُ لنفسه، قدمه في «المغني»[٣]، و«الشرح»[٤]، وقيل: يُضَمُّ إلى الفاسقِ أمينٌ والحالةُ هذه. قال الحارثي: أمّا العدالةُ فلا تُشترطُ، ولكن يُضَم إلى الفاسق عدلٌ. ذكره ابن أبي موسى، والسامري، وغيرهما[٥]؛ لما فيه من العمل بالشرط، وحفظ الوقف. انتهى.

قلت: وهو الصوابُ، وقد ذكر الأصحابُ فيما إذا أوصى إلى شخصٍ وطَرَأ عليه الفسقُ هل يُضَمُّ إليه أمينٌ أو ينعزلُ؟ قولين، قدم المصنفُ فيه الضمَّ، وإن كان أكثرُ الأصحاب على خلافه، وقد ذكر المصنفُ في المسألة التي قبلها ما إذا شرط له النظرَ بعد فلان فَفَسق فلانٌ أنه كموته، فدل أنه ينعزلُ.

الحاشية ....

---

(١) في (ط): «المقارنة».

(٢ ـ ٢) ليست في (ط).

(٣) ٨/ ٢٣٧.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٤٥٨ـ٤٥٩.

(٥) في (ط): «غيرهم».

الفروع

بعضَ العملِ، لم يستحقَّ ما قابَلَه، وإن كان بجنايةٍ منه، استحقَّه، ولا يستحقُّ لزيادةٍ، وإن كان مجهولاً، فأجرةُ مثلِه.

فإن كان مقدراً في الديوانِ، وعَمِلَ به جماعةٌ، فهو أجرُ المثل، وإن لم يسم له شيئاً، فقياسُ المذهب إن كان مشهوراً بأخذ الجاري على عمله، فله جاري مثله، وإلاّ فلا شيءَ له، وله الأجرةُ من وقت نظرِه فيه، وقاله شيخنا.

قال شيخنا: ومن أطلقَ النظر لحاكم شَمل أيَّ حاكم كان*، سواءٌ كان

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (قال شيخُنا: ومن أطلقَ النظر لحاكمٍ، شمل أيَّ حاكمٍ كان) إلى آخره.

صورةُ فتوى، وهي: إذا وقف إنسانٌ وقفاً، وشرط في كتاب وقفِهِ أن يكون النظرُ في ذلك لحاكمِ المسلمين، كائناً من كان، فإن حصلَ العددُ، فالنظر فيه للسلطان، يوليه من شاء من المتأهلين لذلك، قاله سراجُ الدين البلقيني[1]، ووافقَه على ذلك من أهلِ مذهبِه، شهابُ الدين الباعوني[2]، وشهابُ الدين ابنُ الهائمِ[3]، ثم أفتى قاضي القضاةِ نجمُ الدين ابنُ حجي[4] نقلاً، وموافقةً للمتأخرين، أنه إن كان صادراً من الواقف قبل حدوث القضاةِ الثلاثةِ، فالمرادُ[5] الشافعي، وإن كان بعد حدوثهم، فالمرادُ الشافعيُّ على الراجحِ، ووافقَ من الحنابلةِ على الأول أي: غيرِ ما أفتى

(١) هو: عمر بن رسلان بن نصير، أبو حفص الكناني البلقيني ثم القاهري الشافعي، ولد ببلقينة، وحفظ بها القرآن وصلى به وهو ابن سبع، وانتهت إليه مشيخة الفقه في وقته، وكان أحفظ الناس لمذهب الشافعي، (ت ٨٠٥هـ) «الضوء اللامع» ٦/ ٨٥-٨٩.

(٢) هو: أحمد بن ناصر بن خليفة، المقدسي الباعوني الناصري، وكان ديناً فاضلاً آمراً بالمعروف وناهياً عن المنكر، ولاه الظاهر برقوق خطابة جامع بني أمية بدمشق ثم القضاء بها (ت٨١٦هـ) «الضوء اللامع» ٢/ ٢٣١ - ٢٣٣.

(٣) هو: أبو العباس، أحمد بن عماد بن علي الشهاب، القرافي المصري ثم المقدسي الشافعي، ويعرف بـ«ابن الهائم». برع في الفقه والعربية وتقدم في الفرائض (ت ٨١٥هـ) «الضوء اللامع» ٢/ ١٥٧-١٥٨.

(٤) هو: عمر بن حجي بن موسى بن أحمد بن سعد الدمشقي الشافعي، يعرف بـ«ابن حجي» وكان حاكماً صارماً مقداماً رئيساً ذا حرمة ومهابة، ذكياً جيد الذهن، فصيحاً، ولي قضاء حماة مرتين، والشام مراراً. (ت ٨٣٠هـ) «الضوء اللامع» ٦/ ٧٨-٧٩.

(٥) في (ق): «والمرار».

الفروع مذهبُه مذهب حاكم البلد زَمن الواقف أو لا ، وإلاّ لم يكن له نظرٌ إذا انفردَ، وهو باطلٌ، اتفاقاً ، ولو فوَّضَه حاكمٌ لم يجز لآخرَ نقضُه ، ولو ولّى كل منهما شخصاً قدَّمَ وليُّ الأمر أحَقَّهما ، وقال شيخنا : لا يجوزُ لواقف شَرْطُ النظرِ لذي مَذهب مُعين دائماً ، ومَنْ وَقَف على مُدرس وفقهاء ، فللناظر ثم للحاكم تقديرُ أُعطيَتِهم، فلو زاد النماءُ، فهو لهم، والحكمُ بتقديم مُدرس أو غيره باطلٌ، لم نعلم أحداً يعتدُّ به قال به، ولا بما يُشبهه. ولو نفذه حاكم[1]؛ لأنه

التصحيح ....

الحاشية ١٧٣ به ابن حجي القاضي نصرُ اللهِ الحنبلي[2] وبرهانُ الدين ابنُ مفلحِ الحنبلي، ومن الحنفيةِ قاضي القضاةِ زينُ الدين التفهني[3]، ومن المالكية قاضي القضاةِ، شمسُ الدين البساطي[4]، قال/ ابنُ هشامٍ الحنبلي[5]: ولعلَّ من وافقَه من الحنابلةِ بغير نقلٍ؛ لأن في الفروعِ والمذهب يشملُ أيَّ حاكمٍ كان. انتهى. وهذا نقله لي[6] بعضُ الحمويين عنِ ابنِ هشامٍ المصري[7]، قلت: برهانُ الدين ابنُ مفلحٍ هذا، هو ولدُ صاحبِ الفروع، وهو والدُ نظامِ الدينِ، وهو عمُّ والدِ القاضي، برهان الدين ابنِ الأكملِ، فلا يُتَوَهَّمُ أن المرادَ به قاضي القضاةِ برهانُ الدين ابنُ الأكملِ، وإنما هو عمُّ أبيهِ.

---

(١) في (ط)، (ب)، (ر): «حكام».

(٢) هو: أبو الفتح، نصر الله بن أحمد بن محمد بن عمر، التستري البغدادي نزيل القاهرة، اشتغل بالفقه، واشتهر بالاشتغال بالحديث، ولي تدريس الحديث والفقه الحنبلي، وتصدى للإفتاء، وكان مقتدراً على النظم والنثر. (ت٨١٢هـ) «السحب الوابلة» ٣/ ١١٤٩ ـ ١١٥٢.

(٣) هو: عبدالرحمن بن علي بن عبدالرحمن بن علي التفهني، الحنفي، مهر في الفقه، والعربية، والمعاني. ناب في الحكم، وولي التدريس، ثم قضاء الحنفية. (ت٨٣٥هـ). «بغية الوعاة» ٢/ ٨٤.

(٤) هو: أبو عبدالله، شمس الدين، محمد بن أحمد بن عثمان الطائي، البساطي. فقيه مالكي، تولى القضاء بالديار المصرية. من مصنفاته: «شفاء الغليل في مختصر خليل». (ت ٨٤٢هـ). «شذرات الذهب» ٧/ ٢٤٥.

(٥) هو: أبو محمد، عبد الله بن يوسف بن عبد الله، النَّحويُّ، الفاضل، المشهور. أتقن العربية ففاق الأقران، بل والشيوخ، قال ابن خلدون: ما زلنا ونحن بالمغرب نسمع أنه ظهر بمصر عالم في العربية يقال له: ابن هشام أنحى من سيبويه. (ت ٧٦١هـ). «السحب الوابلة» ٢/ ٦٦٢.

(٦) في (ق): «في».

(٧) هو: أبو محمد، عبد الله بن محمد بن عبد الله بن يوسف، القاهري، يعرف بـ«ابن هشام» وكان مُديماً للمطالعة، بارعاً في العربية والفقه، فصيحاً مقداماً، محموداً في قضائه وديانته، استقر في تدريس الحنابلة بالفخرية بين السورين. (ت٨٥٥هـ) «السحب الوابلة» ٢/ ٦٥٣ .

الفروع إنما يجوز أن ينفذحكمُ من هو أهل لحكمه مساغٌ، والضرورةُ وإن ألْجأت إلى تنفيذ حُكم المقلِّد فإنما هو إذا وقف على حدِّ التقليد، ولم يتجاسر على قضية لو نزلت على عمر ﷺ لجمع لها أهْل الشُّورى، وبطلانه لمخالفته مقتضى الشرط، وللعرف أيضاً؛ لأنه لا يقصد، ولأنه حكمٌ في غيرِ محلِّ ولاية الحكم؛ لأنَّ النماءَ لم يخلق، وليس هذا كحكمه؛ أن مقتضى شرْط الواقف كذا، حيث ينفذُ في حاضر ومستقبَلٍ؛ لأنَّ ذلك نظرٌ في مُوجبِ عَقْد الوقف، وليس التقديرُ من مقتضيات المطلق، وليس تقديرُ الناظر أمراً حتماً كتقدير الحاكم؛ بحيث لا يجوز له أو لغيره زيادتُه ونقصُه للمصلحة .

وإن قيل: إن المدرس لا يزدادُ ولا ينقصُ بزيادةِ النماءِ ونقصه، كان باطلاً؛ لأنَّه لهم، والقياس: أنه يسوي بينهم، ولو تَفاوَتُوا في المنفعة، كالإمام والجيش في المغنم، لا سيما عند من يسوي في قسم الفَيء، لكن دلَّ العرفُ على التفضيل، وإنما قُدِّم القَيِّمُ ونحوه؛ لأنَّ ما يأخذه أجرةٌ؛ ولهذا يَحرمُ أخذُه فوق أجرةِ مثله بلا شرط، ذكر ذلك كلَّه شيخُنا، وجعل الإمامَ والمؤذِّنَ كالقيم، بخلاف المدرِّس والمعيد والفقهاء؛ فإنَّهم منْ جنس واحد، وذكر بعضهم في مُدرسٍ وفقهاء ومتفقهة وإمام وقيِّم ونحو ذلك: يُقسم بينهم بالسوية، ويتوجه: روايتا عاملِ زكاةِ الثمنُ أو الأجرةُ. قال: ولو عُطِّلَ مَغَلٌّ وَقْفِ مسجد سنةً، تَقَسَّطتِ الأُجرةُ المستقبَلةُ عليها وعلى السنة الأُخرى؛ لتقوم/ الوظيفة فيهما، فإنه خَيْرٌ من التعطيلِ، ولا يُنقَصُ الإمامُ ٢/ ٧٠ بسبب تَعَطُّلِ الزرعِ بعض العام.

فقد أدخلَ مَغَلَّ سنة في سنة، وأفتى غيرُ واحد منّا في زَمَننا فيما نقص عمّا

التصحيح ....

الحاشية ....

الفروع قَدَّرَه الواقفُ كلَّ شهر، أنه يُتَمَّمُ مما بعدُ، وحكم به بعضُهم بعدَ سنين، ورأيت غير واحد لا يراه. وقال: ومن لم يَقُم بوظيفته غَيَّره من له الولايةُ لمن يقومُ بها، إذا لم يَتُبِ الأول ويَلتزم بالواجب.

ويجب أن يولَّى في الوظائف وإمامة المساجدِ الأحقُّ شرعاً، وأن يعمل ما يَقْدِر عليه من عملٍ واجب. وفي «الأحكام السلطانية»: ولايةُ الإمامةِ طريقُها الأوْلى لا الواجب[1]، بخلاف ولاية القضاءِ والنِّقابة؛ لأنَّه لو تراضى الناسُ بإمام يُصلِّي فيهم، صحَّ، ولأنَّ الجماعةَ في الصلاة سنةٌ عند كثير، ولا يجوز أن يؤم في المساجد السُّلطانية، وهي الجوامع، إلاّ من ولاَّه السُّلطانُ؛ لئلا يُفْتاتَ عليه فيما وُكِّلَ إليه.

وفي «الرعاية»: إن رَضُوا بغيره بلا عُذْر، كُره، وصحَّ في المذهبِ. قال القاضي: وإن غاب من وَلاَّهُ، فنائبُه أحقُّ، ثم مَنْ رضيَه أهلُ المسجد؛ لتعذُّر إذنه، وتقليدُ المؤذِّن إلى هذا الإمام ما لم يصرف عنه؛ لأنه من سنة ما ولي القيام به[2]، ويعملُ برأيه واجتهاده في الصلاةِ، لا تجوز معارضتُه فيه، وله أن يأخذ [3]المؤذنَ بهما في الوقت والأذان[3]، وأقلُّ ما يعتبرُ في هذا الإمامِ العدالةُ، والقراءةُ الواجبةُ، والعلمُ بأحكامِ الصلاةِ، وفي جوازِ كونِ الإمامِ في الجمعة عبداً فيه[4] روايتان، فدلَّ أنه

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) في (ر): «الوجوب».
(٢) ليست في (ط).
(٣ ـ ٣) ليست في (ر).
(٤) ليست في الأصل و(ط).

الفروع

إن جاز، صحَّت ولايتُه، فكذا العدالةُ، وغيرُها(☆).

التصحيح

تنبيهان:

(☆) **الأول**: قوله: (وفي جوازِ كَوْنِ الإمامِ في الجمعة عبداً فيه روايتان، فدل أنه إن جاز، صحَّت ولايتُه، فكذا العدالةُ، وغيرها) انتهى.

إنما ذكر المصنف هذا هنا[1] في معرض بحث، وإلاّ فالصحيحُ من المذهب، وعليه الأكثر، أنَّ العبد لا يجوزُ أن يؤمَّ في الجمعة، ولنا روايةٌ بالجواز، فذكر المصنفُ على هذا: جواز ولايته للإمامة، وصحَّتها.

(☆) **الثاني**: قوله[2]: (وتقدم وجه: يحرم الوضوء من زمزم، فعلى نجاسة[3] المنفصل: واضحٌ، وقيل: لمخالفةِ شَرْطِ الواقفِ، وأنه لو سبَّلَ ماءَ للشرب، في كراهة الوضوء[4] وتحريمه وجهان، في «فتاوى ابن الزاغوني»، وغيرها). انتهى.

قلت: قد تقدم ذلك محرراً مُستوفى في كتابِ الطهارةِ[5]، فإنَّ المصنفَ هناك قال: (وقد قيل: إنَّ سبب النهي اختيارُ الواقفِ وشرطِهِ، فعلى هذا: اختلف الأصحابُ لو سبَّلَ ماءَ للشرب، هل يجوز الوضوءُ مع الكراهةِ أم يحرم؟ يحتمل وجهين). انتهى.

فهناك لم يعز الوجهين، [6]بل قال: (اختلفَ الأصحابُ) فنسبَه إليهم[6]، وهنا عَزَاهما إلى ابن الزاغوني، وغيره، وظاهر كلام المصنف هنا: أن المذهبَ لا يجوزُ؛ لأنَّه قدم أنه يتعينُ مصرف[7] الوقفِ، وقال: نقله الجماعة، مع إطلاقه للخلاف في كتاب الطهارة[8]، وتقدم التنبيهُ على هذا هناك، والله أعلم.

الحاشية

....

(١) في (ط): «هو».

(٢) في الصفحة ٣٦١.

(٣) في (ح): «رواية».

(٤) في (ط): «الضوء»، و(ص): «الوصف به».

(٥) ١/ ٦٠ ـ ٦٣.

(٦ـ٦) ليست في (ح).

(٧) في (ط): «بصرف».

(٨) ١/ ٦٣.

الفروع

وقال شيخنا: قد تجوز الصلاةُ خلف من لا تجوز توليته، وليس للناس أن يُوَلُّوا عليهم الفُسَّاقَ، وإن نفذ حكمُه، أو صحَّت الصلاةُ خَلْفَه، وقال أيضاً: اتفق الأئمةُ على كراهة الصلاة خَلْفَه، واختلفوا في صحَّتها، ولم يتنازعوا: أنه لا ينبغي توليتُه.

وما بناه أَهْلُ الشوارع والقبائلِ من المساجد فالإمامةُ لمن رَضُوه، لا اعتراض للسلطان عليهم، وليس لهم صرفُه ما لم يَتغير حالُه، وليس له أن يستنيبَ إن غاب، ولهم انتساخُ كتاب الوقف، والسؤال عن حالِهِ*. واحتجَّ شيخُنا بمحاسبةِ النبي ﷺ عامِلَه على الصدقةِ[1]، مع أنَّ له ولايةَ صرفِها، والمستحقُّ غيرُ مَعينٍ، فهنا أولى، ونصه: إذا كان متهماً ولم يَرْضوا به،

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (ولهم انتساخُ كتاب الوقفِ والسؤالُ عن حاله)

قال الحارثي في «شرح المقنع»: قال أصحابنا، ابن أبي موسى والسامري وغيرُ واحد: لا اعتراضَ لأهلِ الوقف على من ولأه الواقفُ أمرَ الوقفِ، إذا كان أميناً، ولهم مسألتُهُ عما يحتاجون إلى عمله، من أمرِ وقفِهم، حتى يستوي علمُهم فيه وعلمُه، ولهم مطالبتُه بانتساخِ كتابِ الوقفِ؛ لتكونَ نسختُه في أيديهم وثيقةً لهم. انتهى. وأصله روايةُ يوسفَ بن موسَى[2]، أنَّ أحمدَ قيلَ له: هل لأهلِ الوقفِ أن يسألوا [3]الوصيَّ نسخة الكتاب لتكون عندهم؟ فقال: لهم أن يسألوا[3] عن كلِّ ما أرادُوا من نسخةِ الكتابِ بهذا الوقفِ حتى يكونوا يعلمُوا علمَهُ، فلا يستطيع أن يخونَ، أو يغيِّرَ ما في يده إذا كان متهماً، ولم يرضَ به أهلُ الوقفِ، وظاهر هذا امتناعُ السؤالِ عند[4] انتفاءِ التهمَةِ. انتهى كلامُ الحارثي.

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٦٨)، ومسلم (٩٨٣) (١١)، من حديث أبي هريرة.

(٢) الظاهر أنه يوسف بن موسى بن راشد، أبو يعقوب الكوفي، كان أصله من الأهواز، ثم سكن بغداد، روى عنه البخاري، (ت، ٢٥٣هـ) «تاريخ بغداد» ١٤/ ٣٠٤ .

(٣-٣) ليست في (د).

(٤) في (د): «عن».

الفروع

ونصب المستوفي الجامع للعمال المتفرقين هو بحَسَبِ الحاجةِ والمصلحةِ، فإن لم تَتِمَّ مصلحةُ قَبْضِ المالِ وصرفِهِ إلاّ به، وَجَبَ.

وقد يُستغنى عنه؛ لقلَّةِ[1] العمالِ، ومباشرةِ الإمامِ والمحاسبة بنفسه، كنصب الإمام للحاكم*؛ ولهذا كان عليه السلام في المدينة يباشر الحكم واستيفاء الحساب بنفسه، ويولِّي مع البُعْدِ، ذكره شيخنا.

وسجلٌّ كتَاب الوقف، من الوقف، كالعادة، ذكره شيخنا. وولدُه من وطء شُبهة قيمتُه على واطئه، مصروفةً في مثله، كقيمة أصلِهِ المتلَف. ومن زواجٍ[2] أو زنى وقْف، وقيل: الولدُ وقيمتُه ملكٌ له، كنفقة ومهر، ويحرمُ وطؤُه للأمة، وتصيرُ أمَّ ولد إن ملك، فيلزمه القيمةُ ونفقتُه منه مع عدم شرط، ثم نفقةُ حيوان من موقوف عليه.

وقيل: في بيت المال، وتجب عمارتُه بحسب البطونِ، ذكره شيخنا، وذكر غيرُه لا تجبُ، كالطلق، وتقدم عمارتُه على أربابِ الوظائفِ. وقال شيخنا: الجمع بينهما حَسَبَ الإمكانِ، بل قد يجبُ، وللناظر الاستدانةُ عليه بلا إذنِ حاكمٍ؛ لمصلحةٍ، كشرائه للوقف نسيئةً أو بنَقْدٍ لم يعينه، ويتوجه في قرضه مالاً، كوليٍّ.

فصل

ويرجع إلى شرطه في تقديم وتسويةٍ وجمع وضدِّ ذلك، واعتبارِ وَصْفٍ

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (كنصب الإمامِ للحاكمِ)

أي: لهمْ ذلك، كما أن الإمامَ ينصبُ الحاكمَ.

---

(١) في (ر): «لقدم».

(٢) في النسخ الخطية: «زوج».

الفروع وعدمه، وعدم إيجاره[١] أو قَدْرِ المدةِ، واختار شيخنا لزوم العمل بشرط مستحب خاصة، وذكره ظاهر المذهب؛ لأنه لا ينفعه ويعذر غيره، فبذل المال فيه سفه ولا يجوز. وأيده الحارثي بنصه الآتي في شرط أجرة للناظر[٢].

وقال شيخنا: ومن قدَّرَ له الواقفُ شيئاً، فله أكثرُ إن استحقَّه بموجبِ الشرعِ، وقال: الشرطُ المكروهُ باطلٌ اتفاقاً، وقيل: لا يتعين طائفةٌ وَقَفَ عليها مسجداً أو مقبرةً، كالصلاةِ فيه. وفي «الانتصار»: يحتمل إن عيَّن من يُصلي فيه من أهلِ الحديثِ، أو يدرِّسُ العلمَ، اختص، وإن سلم، فلأنه لا يقع التزاحم* بإشاعته، ولو وقعَ فهو أفضلُ؛ لأن الجماعة تُراد له، وقيل: يمنع تسوية بين فقهاء، كمسابقة.

قال شيخنا: قولُ الفقهاء: نُصُوصُه كنصوصِ الشارع، يعني: في الفَهْم والدلالة، لا في وُجوب العمل، مع أنَّ التحقيق: أنَّ لفظَه ولفظ الموصي والحالف والناذر، وكلِّ عاقد يُحمل على عادته في خطابه ولُغته التي يتكلم بها، وافقت لغةَ العرب، أو لغةَ الشارعِ، أو لا، قال: ولا خلاف أن من وَقَفَ على صلاة أو صيام أو قراءة أو جهاد غير شرعيٍّ ونحوه، لم يصحَّ.

والخلافُ في المباح، كما لو وقف على الأغنياء لا يُخَرَّجُ مثله هنا؛ لأنَّه يُفعل؛ لأنه مباحٌ، ولا يجوزُ اعتقادُ غير المشروعِ مشروعاً وقُربةً وطاعةً،

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (وإن سلمَ فَلأَنَّهُ لا يقع التزاحمُ)

أي: التزاحمُ في المسجد لكثرة الجمعِ.

---

(١) في (ر): «إيجازه».

(٢) ص ٣٦٠ .

الفروع

واتخاذُه ديناً، والشروطُ إنما يلزمُ الوفاءُ بها إذا لم يُفْضِ[(١)] ذلك إلى الإخلال بالمقصود الشرعيِّ، ولا تجوزُ المحافظةُ على بعضها مع فواتِ المقصود بها، قال: ومن شَرَطَ في القُربات أن يُقدِّم فيها الصنفَ المفضولَ فقد شَرَطَ خلافَ شَرْط الله، كشرطه في الإمامة تقديمَ غير الأعلمِ، فكيف إذا شرط أن يختص بالصنف المفضول؟

والناظرُ منفِّذٌ لما شَرَطه الواقفُ، ليس له أن يبتدئَ شروطاً، وإن شرط أن لا يُنزِّلَ فاسقٌ وشريرٌ ومُتَجوِّهٌ[(٢)] ونحوه عمل به، وإلاّ توجَّه أن لا يعتبر في فقهاءَ ونحوِهم، وفي إمام ومُؤذِّن الخلافُ، وهو ظاهرُ كلامهم، وكلامِ شيخنا في موضعٍ، وقال أيضاً: لا يجوز أن يُنزلَ فاسقٌ في جهة دينية، كمدرسة وغيرها، مطلقاً؛ لأنه يجبُ الإنكارُ عليه، وعقوبَتُه، فكيف يُنزَّلُ؟

وإن نزل مستحقٌّ تنزيلاً شرعيّاً، لم يجز صرفُه بلا مُوجب شرعيٍّ*، وإن حكم حاكمٌ بمحضر لوقف فيه شروطٌ، ثم ظهر كتابُ وقف غيرِ ثابت، وجبَ ثُبُوتُه والعملُ به إن أمكن.

وإن شرط للناظر[(٣)] إخراجَ مَنْ شاء منهم، وإدخالَ من شاء من غيرهم، بطل*؛ لمنافاته مقتضاه، لا قولُه: يُعطي من شاء منهم ويمنع من شاء؛

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (وإن نُزِّلَ مستحق تنزيلاً شرعيّاً، لم يجز صرفُه بلا موجبٍ شرعيٍّ)

لا يُعْزَل المنزَّلُ بالطريق الشرعي بغير طريقٍ شرعيٍّ.

* قوله: (وإن شرطَ للناظرِ إخراجَ مَنْ شاءَ منهم وإدخالَ من شاءَ من غيرِهم، بطل)

فرق في «المغني»[(٤)] بين قولِه: للناظر إدخالُ من شاءَ مِنْ غيرِ أهلِ الوقفِ، وإخراج من شاءَ من أهلِ

(١) في الأصل: «يقضى».

(٢) في الأصل: «منجوه»، والمتجوه: المتعظم أو المتكلف الجاه وليس به ذلك. «تاج العروس»: «الجاه».

(٣) ليست في الأصل.

(٤) ١٩٣/٨.

الفروع لتعليقه استحقاقَه بصفة، ذكره الشيخ.

وقال الحارثي: الفرقُ لا يتَّجهُ. وقال شيخنا: كلُّ متصرِّف بولاية إذا قيل: يفعلُ ما شاء، فإنما هو لمصلحة شرعيَّة، حتى لو صرَّحَ الواقفُ بفعل ما يهواه وما يراه مطلقاً، فشرط باطل؛ لمخالفته الشرع، وغايتُه أن يكون شَرْطاً مباحاً، وهو باطلٌ على الصحيح المشهور، حتى لو تساوى فعلان، عمل بالقرعة[1]، وإذا قيل هنا بالتخيير، فله وجهٌ.

قال: وعلى الناظرِ بيانُ المصلحة فيعمل بما ظَهَرَ، ومع الاشتباه إن كان عالماً عادلاً، سوغ[2] له اجتهاده، قال: ولا أعلم خلافاً أن من قسمَ شيئاً يلزمُه أن يتحرى العَدْلَ، ويتبع/ ما هو أرْضَى لله ورسوله، استفاد القسمة بولاية، كإمام وحاكم، أو بعقد، كالناظر والوصيّ، ويتعين مصرفُه، نقله الجماعة. ٢/٧١

وقيل: إن سبَّل ماء للشرب، جاز الوضوء به، فشربُ ماء للوضوء يتوجَّه عليه وأولى. وقال الآجريُّ في الفرس الحبيس: لا يُعيره ولا يُؤجره إلاّ لنفعِ الفرسِ، ولا ينبغي أن يركبَه في حاجة إلاّ لتأديبه وجمال للمسلمين ورفعة

التصحيح ....

الحاشية الوقفِ فقال[3]: لا يصحُّ هذا؛ لأنه ينافي مقتضَى الوقفِ، أشبَهَ ما لو شرطَ أن الموقوفَ عليهِ لا ينتفعُ بالوقف، وبين قولِهِ: للناظرِ أن يعطيَ من شاءَ من أهلِ الوقفِ، [4]ويحرم من شاء[4]، فقال في هذا: يصح؛ لأنه لم يخرجهُ من الوقف، وإنما جعلَ استحقاقَه معلقاً على صفة، وهي مشيئةُ الناظرِ.

---

(١) في (ر): «بالقربة».

(٢) في الأصل: «يسوغ» والمتجوه: المتعظم أو المتكلف الجاه وليس به ذلك. «تاج العروس»: (الجاه).

(٣) ليست في (ق).

(٤ ـ ٤) ليست في (ق).

الفروع

لهم، أو غيظة للعدوِّ، وتقدم وجهٌ: يحرم الوضوء من زمزم، فعلى نجاسة المنفصل: واضحٌ، وقيل: لمخالفة شرط الواقف، وأنه لو سبَّل ماءً للشرب في كراهة الوضوء منه، وتحريمه وجهان في «فتاوى ابن الزاغوني»، وغيرها[(١)](☆)، وعنه: خروجُ بُسْط مسجد وحُصره لمن ينتظرُ الجنازةَ. وسُئل عن التعليم بسهامِ الغزو؟ فقال: هذا منفعةٌ للمسلمين، ثم قال: أخاف أن تكسر[(٢)]. وله رُكوبُ الدابة لعلفها، نقله الشالنجي، وإن شرط لناظره أجرةً، فكلفتُه عليه حتى تبقى أجرةَ مثله. نص عليه. وقال الشيخ: من الوقف، قيل لشيخنا: فله العادةُ بلا شرط؟ فقال: ليس له إلاّ ما يُقابل عَمَله.

وما يأخذه الفقهاءُ من الوَقْف هل هو كإجارة، أو جُعالة، واستُحقَّ ببعض العمل؛ لأنه يُوجب العقد عُرْفاً، أو هو كرزق من بيت المال؟ فيه أقوال*. قاله شيخنا، واختار هو الأخير[(م٧)].

التصحيح

مسألة ـ ٧: قوله: (وما يأخذه الفقهاءُ من الوقف هل هو كإجارة أو) كـ(جعالة، واستحق ببعض العمل؛ لأنه يُوجب العقدَ عُرْفاً، أو هو كرزق من بيت المال؟ فيه أقوال، قاله شيخنا، واختار هو الأخيرَ) انتهى.

قال الشيخ تقي الدين: وما يُؤخذ من بيت المالِ فليس عوضاً وأجرةً، بل رزقٌ

الحاشية

* **قوله: (وما يأخذه الفقهاءُ من الوقف، هل هو كإجارة أو جعالة؟) إلى قوله: (أو هو كرزقٍ من بيت المال؟ فيه أقوالٌ)**

قال في «الاختيارات» في الإجارة: وما يؤخذُ من بيت المال ليس عوضاً وأجرةً، بل رزقٌ للإعانة على الطاعة، فمن عمل منهم لله تعالى أثيب، وما يأخذُه رزقٌ للإعانة على الطاعة، وهذا موجودٌ في كلامِ المصنِّف في الإجارة. قال في «الاختيارات» وكذلكَ المالُ الموقوفُ على أعمالِ البِرِّ، والموصَى به، أو المنذورُ به[(٣)] ليسَ كالأجرة والجُعْل في الإجارةِ والجُعالة الخاصة.

---

(١) تقدم التنبيه في الصفحة ٣٥٥ .

(٢) في الأصل: «تكثر».

(٣) في (د): «له».

الفروع

قال: ومن أَكْلِ المالِ بالباطلِ[1] قومٌ لهم رواتبُ أضعافَ حاجاتِهم، وقَوْمٌ لهم جهاتٌ معلومُها كبير[2] يأخذونه ويستنيبون بيسيرٍ. وقال أيضاً: النيابةُ في مثل هذه الأعمال المشروطةجائزٌ ولو عينه الواقفُ إذا كان مثلَ مُستنيبه، وقد يكون في ذلك مفسدةٌ راجحة*(☆)، كالأعمال المشروطة في الإجارة على عملٍ في الذمة، ويلزم تعميمُ الموقوف عليه والتسويةُ إن أمكن، كما لو أقرَّ لهم، واحتج الشيخُ بقوله عَزَّ وجل: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِۚ﴾[النساء: ١٢]، وفيه نظرٌ، وعنه: إن وصى في أهل سكته، وهم أهلُ دَرْبه، التفضيلُ لحاجة.

التصحيح

للإعانةِ على الطاعةِ، وكذلك المالُ الموقوفُ على أعمال البرِّ، والموصى به أو المنذور له ليس كالأجرةِ، والجُعْلِ. انتهى.

وقال القاضي: في «خلافه»: ولا يقال: إن منه ما يؤخذ أجرةً عن عملٍ، كالتدريس، ونحوه؛ لأنّا نقول: أولاً: لا نسلم أن ذلك أجرةٌ محضةٌ، بل هو رزقٌ وإعانةٌ على العلم بهذه الأموال. انتهى.

والظاهر: أن الشيخَ تقيَّ الدين أخذ اختيارَه من هذا، وهذا هو الصوابُ، [3]واختار الشيخُ حامدُ بن أبي الحجر أنه كالإجارةِ، ذكره المصنف في «الطبقات»[3].

(☆) تنبيه: قوله بعد ذلك: (النيابةُ في مثل هذه الأعمال المشروطةِ جائزةٌ، ولو عينه الواقفُ إذا كان مثلَ مستنيبه، وقد يكون في[4] ذلك مفسدةٌ راجحةٌ) انتهى.

الحاشية

* قوله: (وقد يكون في ذلك مفسدةٌ راجحةٌ)

من خطِّ ابن مغلي رحمه الله تعالى، كذا في النسخ، وصوابه: إن لم يكن في ذلك مفسدةٌ راجحةٌ، كذا هو في «فتاوى الشيخ».

---

(١) ليست في (ر).

(٢) في (ر) و(ط): «كثير».

(٣ ـ ٣) ليست في (ح).

(٤) بعدها في (ح) و(ط): «مثل».

الفروع

قال ابن عقيل: وقياسُه الاكتفاءُ بواحد. ونقل يحيى بن زكريا المروذي التسويةَ، ويُعتبر سكناه وقت وصية*. نص عليه، وجزم به في «المستوعب» وغيره. وفي «المغني»: أو طرأ إليه بعدها، وقيل: هما أهلُ المحلَّة الذين طريقُهم بدَرْبه، وعنه فيمن وصَّى في فقراء مكةَ ينظرُ أحوجَهم، وإن لم يمكن[1]* ابتداء كفى واحدٌ، وقيل: ثلاثةٌ، وقيل: في الواحد روايتان، ولا يجوزُ في المنصوص إعطاءُ فقير أكثر من زكاة، ولو وقف على أصنافها أو الفقراء والمساكين، اقتصر على صنف، كزكاة، وقيل: لا، قال في «الخلاف»: وهو ظاهرُ كلام أحمد، وقد سئل عن رجل وصَّى بثلثه في أبواب البرِّ: يُجزَّأ ثلاثةَ أجزاء.

فعلى هذا الفرق: أن الوصيةَ يُعتبر فيها لفظُ الموصي، وأوامرُ الله يُعتبر

التصحيح

قال ابن مغلي: صوابه: إذا لم يكن في ذلك مفسدةٌ راجحةٌ، كذا هو في«فتاوى الشيخ». انتهى. قلت: لو قيل: وقد يكون في[2] مثل ذلك مصلحةٌ راجحةٌ، لكان أولى، ثم وجدت ابن نصر الله في «حواشيه» قال: لعله مصلحةٌ. انتهى.

لكنَّ المرجعَ في ذلك إلى ما قاله الشيخُ تقي الدين[3] ثم وجدت الشيخ تقي الدين قال في بعض فتاويه: وبكل حال، فالاستخلاف في مثل هذه الأعمال المشروطة جائز، ولو نهى الواقف عنه، إذا كان النائب مثل المستنيب ولم يكن في ذلك مفسدة راجحة[3].

الحاشية

*** قوله: (ويعتبر سكناه وقتَ وصيةٍ)**

يعني: أن يكون المستحقُّ من أهل دربِهِ ساكناً في الدربِ حال الوصية.

*** قوله: (وإن لم يمكن)**

أي: تعميم الموقوف عليه والتسوية.

---

(١) في (ط): «يكن».

(٢) ليست في (ط).

(٣ ـ ٣) ليست في (ص).

الفروع فيها المقصودُ؛ بدلالة أن الموصي للمساكين لا يجوز العدولُ إلى غيرهم، والإطعامُ في الكفارة يجوز صرفُه إلى غير المساكين، وإن كانوا منصوصاً عليهم، ولو قال: أعتق عبدي؛ لأنه أسودُ، لم يُعتق غيرُه، وعكسه أمرُ اللّه. قال: وقد نص أحمد على هذا في الرجل يجعلُ الشيء في الصدقة على المساكين هل يُعطى منه في السبيل؟ قال: لا، يُعطَى المساكين* كما[1] أوصى. وقال القاضي عن القول الذي قبله: أومئ إليه في رواية أحمدَ بنِ الحسين بن حسان فيمن وصَّى أن يُفرق في فقراء مكةَ، هل يُفرق على قوم دون قوم؟ فقال: ينظر إلى أحوجهم، قال: وظاهرُ هذا: أنَه اعتبر الحاجة، ولم يعتبر العدد، كذا قال القاضي مع أن النص في فقراء مكةَ وهم مُعيَّنون، وقيل: لكلِّ صنف ثُمن، وإن افتقر شمله، في الأصحِّ*، وإن ذكر الفقراء أو المساكين أعطى الآخر، وفيه وجهٌ ذكره القاضي، قد يعرى عن فائدة، فاعتبر لفظه.

وفي «الأحكام السلطانية»: يعمل والي المظالم في وقف عامٍّ بديوان حاكم أو سلطنة أو كتاب قديم يقع في النفس صحَّتُه.

ولو وَقف على ولده أو ولد غيره ثم الفقراء، فالذكر كأنثى، نص عليه،

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (قال: لا، يُعطى المساكين)

«يعطى» مقطوعةٌ عن «لا» فإنه قال: لا، ثم قال: يعطى المساكين كما[2] أوصى.

* قوله: (وإن افتقر شملُه في الأصحِّ)

أي: إن افتقرَ الواقفُ يدخل فيما وقفَه على الفقراء.

---

(١) بعدها في الأصل: «لو».

(٢) بعدها في (ق): «لو».

الفروع

ويأتي في الهبة[١]، وفي شموله ولدَ بنيه الموجودَ، وعنه: ومن سيوجدُ[☆]، وفي وصية قبل موت مُوص روايتان(م٨، ٩).

التصحيح

مسألة ـ ٨ ـ ٩: قوله: (ولو وقف على ولده أو ولدغيره ثم الفقراء فالذكر كأنثى، نص عليه. وفي شموله ولد بنيه الموجود، وعنه: ومن سيوجد، وفي وصية قبل موت موص روايتان). انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى ـ ٨: هل يشمل ولد بنيه إذا وقف على ولده أو ولد غيره أم لا؟ أطلق الروايتين، وأطلقهما في «المقنع»[٢]:

أحدهما: يشمله، وهو الصحيحُ من المذهب، نص عليه في رواية المروذي، ويوسفَ بن موسى، ومحمد بن عبدالله المنادي. قال الحارثي: المذهبُ دخولُهم. قال الناظم: وهو أولى، وجزم به في «الوجيز» وغيره، واختاره الخلالُ، وأبوبكر عبدالعزيز، وابن أبي موسى، والقاضي فيما علقه بخطه على ظهر «خلافه»، والشيرازي، وغيرهم، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح الحارثي»، وابن رزين، و«الفائق»، و«القواعد الفقهية» في القاعدة الثالثة والخمسين بعد المئة، وغيرهم، وإليه مَيْلُ الشيخِ في «المغني»[٣] والشارح.

والرواية الثانية: لا يدخلون. قال الشيخ الموفق، في باب الوصايا، والقاضي، وابن عقيل: لا يدخلون بدون قرينةٍ، قال الشيخ أيضاً والشارح: اختاره القاضي وأصحابه.

تنبيه: قدم المصنفُ هنا أنه لا يشمل من سيوجد، وهو إحدى الروايتين، وقدمه في «الرعايتين»، و«الفائق»، وقالا: نص عليه، و«الحاوي الصغير»/ . ١٦١

الحاشية

فائدة: لو حكم لبعض أهل الوقف بشيء، هل يكون حكماً لمن يشركه؟ ذكر المصنفُ المسألة في باب طريق الحكمِ وصفته[٤] في أواخره عند مسألة الحكم للغائب تبعاً، وَوجَّه المسألة على ذلك.

---

(١) ص ٤١٣.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٤٦٣.

(٣) ٨/ ١٩٥ .

(٤) ١١/ ٢٠٠.

الفروع

والأصحُّ مرتباً، كبطناً بعد بطن، أو الأقرب فالأقرب، أو الأول ونحوه، وقيل: يشمل ولدَ بناته ولو كان ولَدُ فلان قبيلة، أو قال: أولادي وأولادهم فلا ترتيب، وسأله ابن هانئ عمن وقف شيئاً، فقال: هذا لفلان حياته ولولده؟ قال: هو له حياتَه، فإذا مات، فلولده. ولو قال: ولدي، فإذا انقرض ولده فالفقراء، شمله، وقيل: لا، ولو وقف على ولد ولده أو نسله أو ذريته أو عقبه ولا قرينة، لم يَشمل ولدَ بناته. اختاره الأكثر، كمن ينتسب إليَّ، وعنه: بلى، وعنه: إن لم يقل: لصلبي، وقيل: إن قاله، شَمِل ولد بنته

التصحيح

والرواية الثانية، وهي التي أخرها: يشمله أيضاً، وهي الصحيحة. نص عليها في رواية المروذي، ويوسفَ بن موسى، وابن المنادي كما تقدم. قال الحارثي: هذا المذهبُ. قال الناظم: هذا أولى، وجزم به في «الوجيز»، وغيره، وقدمه الحارثي في [1]«شرحه»، و«شرح ابن مُنجَّا»[1] و«القواعد الفقهية» وغيرهم.

المسألة الثانية ـ ٩: حُكْمُ ما إذا أوصى لولد غيره، في دخول ولدِ بنيه الموجودين، ومن سيُوجد بعد الوصية، وقبل موت الموصي، حُكْمُ ما تقدم في التي قبلها، خلافاً ومذهباً.

[2](☆) **تنبيه**: قد يقال: شملت الرواية التي ذكرها بقوله: (وعنه: ومن سيوجد) له من الأولاد بعد الوقف، وفيه روايتان:

إحداهما: يشمله، فيستحق مع من كان موجوداً، اختاره ابن أبي موسى، وأفتى به ابن الزاغوني، وهو ظاهر كلام القاضي، وابن عقيل.

والرواية الثانية: لا يدخل معهم، قدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«النظم»، وهو ظاهر ما قدمه المصنف إن قلنا: شمله كلامُه، وهو الظاهر[2].

الحاشية

....

(١ ـ ١) في (ط): «شرح ابن مُنجَّا».

(٢ ـ ٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

لصلبه فقط، وعنه: يشملُهم غيرَ: ولد ولده*، وفي «التبصرة»: يَشمل في الذرية، وأن الخلاف في ولد ولده.

وتجدُّدُ حقِّ حَمْل بانفصاله من ثَمَر وزرع، كمشترٍ، نقله المروذي. قطع به في «المغني»[١]. ونقل جعفر: يستحقُّ من زرع قبل بلوغه الحصاد، وقطع به في «المبهج».

وفي «المستوعب»: يستحق قبل حصاده، وعند شيخنا: الثمرةُ للموجود عند التأبير أو بدوِّ الصلاح، ويشبه الحَمْلَ إن قَدمَ إلى ثغر موقوف عليه فيه[٢] أو خرج منه إلى بلد موقوف عليه فيه، نقله يعقوب. وقياسه: من نزلَ في مدرسة ونحوه، واختار[٣] شيخنا: يستحقُّ بحصته من مَغَلِّه، وأن من جعله كالولد، فقد أخطأ.

وأن لورثة إمام مسجد أجرةُ عمله في أرضه، كما لو كان الفلاحُ غيره، ولهم من مغله بقدر ما باشره موروثهم من الإمامة[٤]، وبني فلان لذكورهم[٥]. نص عليه، فإن كانوا قبيلةً، شمل النساء، ولا يدخل مولى بني

التصحيح

....

الحاشية

*** قوله: (وعنه: يشملُهم غير: ولدِ ولده)**

يعني: أن ولد البنات يدخلونَ في قوله: (أو نسله أو ذريته أو عقبِه) ولا يدخلون في لفظ: ولد ولده.

(١) ٨/ ٢٠٧.

(٢) ليست في (ط).

(٣) في (ر): «واختاره».

(٤) في (ط): «الإمام».

(٥) في الأصل: «كذكورهم».

الفروع هاشم في الوصية لهم؛ لأنه ليس منهم حقيقة(١)، (٢كما أن المنعم ليس عصبة المعتق*، والمجوسي ليس بأهل كتاب حقيقة٢)، فلا يشملهما الإطلاق، وكما لو وصى لأنسابه، لم يشمل المرضع والمرتضع.

فالأحكام قد تلحق وإن لم تلتحق بالحقيقة، ذكره ابن عقيل وغيره، ولو قال: أولادي، ثم أولادهم، ثم الفقراءُ، فترتيب جملة، وقيل: أفراد، وفي «الانتصار»: إذا قُوبل جَمْعٌ بجمعٍ اقتضى مقابلةَ الفرد منه بالفرد من مقابله لغة، فعلى هذا: الأظهرُ استحقاقُ الولد، وإن لم يستحقَّ أبوه. قاله شيخنا، ومن ظن أنَّ الوقف كالإرث، فإن لم يكن والدُه(٣) أخذ شيئاً، لم يأخذ هو، فلم يقله أحد من الأئمة، ولم يدر ما يقولُ؛ ولهذا لو انتفت(٤) الشروطُ في الطبقة الأولى أو بعضهم، لم تحرم الثانيةُ مع وجود الشروط فيهم (ع) ولا فرق، قاله شيخنا.

وقولُ الواقف: من مات فنصيبهُ لولده يعمُّ ما استحقَّه، وما يستحقُّه مع صفة الاستحقاق، استحقَّه أو لا، تكثيراً للفائدة، ولصدق الإضافةِ بأدنى ملابسة، ولأنَّه بعد موته لا يستحقُّه، ولأنه المفهومُ عند العامة الشارطين، ويقصدونه؛ لأنّه يتيمٌ لم يرث هو وأبوه من الجد، ولأن في صورة الإجماع ٢/ ٧٢ ينتقل مع/ وجود المانع إلى ولده، ولكن هنا هل يُعتبر موتُ الوالد؟

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (كما أن المنعمَ ليسَ عصبة المعتقِ)

المولى المنعمُ هو مِنْ عصبةِ المعتقِ حكماً لا حقيقة.

---

(١) ليست في (ر).

(٢-٢) ليست في الأصل.

(٣) في (ط): «ولده».

(٤) في (ط): «اتبعت».

الفروع

يتوجه الخلاف، وإن لم يتناول إلاّما استحقَّه، فمفهوم خُرِّجَ مَخرج الغالب، وقد تناوله الوقف على أولاده، ثم أولادهم، فعلى قول شيخنا: إن قال[١]: بطناً بعد بطن ونحوه، فترتيبُ جملة، مع أنه محتمل، فإن زاد على أنه إن توفي أحدٌ من أولاد الموقوف عليه ابتداء في حياة والده وله ولدٌ ثم مات الأبُ عن أولاده لصلبه وعن ولد ولده لصلبه[٢] الذي مات أبوه قبل استحقاقه، فله معهم ما لأبيه لو كان حيّاً، فهو صريحٌ في ترتيب الأفراد.

وقال أيضاً فيما إذا قال: بطناً بعد بطن ولم يزد شيئاً، هذه المسألةُ فيها نزاعٌ، والأظهر: أن نصيب كلِّ واحد ينتقلُ إلى ولده، ثم إلى ولد ولده، ولا مشاركة.

وإن قال: على أن نصيبَ الميت عن غير ولد لدرجته، والوقفُ مشتركٌ بين البطون، فهل هو لأهل الوقف أو لبطنه منهم كالمرتب؟ فيه احتمالان[م١٠]، فإن لم يوجد في درجته أحد، فالحكمُ كما لو لم

التصحيح

مسألة ـ ١٠: قوله: (وإن قال: على أن نصيب الميت عن[٣] غير ولد لدرجته، والوقفُ مشتركٌ بين البطون، فهل هو لأهل الوقف أو لبطنه[٤] منهم كالمرتب[٥]؟ فيه احتمالان) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[٦]، و«الشرح»[٧]، و«الفائق»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم:

الحاشية

....

(١) في الأصل: «كان».

(٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) في (ر): «ولده».

(٤) في (ط): «البطن».

(٥) ليست في النسخ الخطية و(ط)، والمثبت من «الفروع».

(٦) ٨/ ١٩٨ـ ٢٠٠.

(٧) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٤٧٠ ـ ٤٧٣.

الفروع يذكرالشرط، وإن كان الوقفُ على البطن الأوَّل على أن نصيب الميت منه عن غير ولد لدرجته، فهل نصيبُه لأهل الوقف أو لبطنه، وإن كانوا من أهل الوقف؟ فيه احتمالات[م١١].

ولا شيء لمن لا يستحقُّ بحال، وقوله: من مات عن ولدٍ فنصيبُه لولده،

التصحيح أحدهما: يكون لأهل الوقف كلِّهم، فوجود هذا الشرط كعدمه.

والوجه الثاني: يختص به البطنُ الذي هو منهم، فيستوي فيه إخوتُه وبنو عمه وبنو بني عمِّ أبيه؛ لأنهم في القرب سواءٌ، قدمه الناظم، قلت: وهو الصوابُ، حتى يبقى لهذا الشرط فائدةٌ، واللّه أعلم.

مسألة ـ ١١: قوله: (وإن كان الوقفُ على البطن الأول على أن نصيبَ الميت منه عن غير ولد لدرجته، فهل نصيبُه لأهل الوقف أو لبطنه، وإن كانوا من أهل الوقف؟ فيه احتمالات[١]) انتهى، وأطلقها في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدها: يعودُ نصيبُه إلى أهل الوقف كلِّهم وإن كانوا بطوناً، وحكم به التقي سليمان، وهو الصواب.

والقول الثاني: يختص به أهل بطنه، سواء كانوا من أهل الوقف حالاً أو قوة، مثل أن يكون البطن الأول ثلاثةً، فمات أحدهم عن ابن، ثم مات الثاني عن ابنين، فمات أحدُ الابنين وترك أخاه وابن عمه وعمه وابناً لعمه الحي، فيكون نصيبُه بين أخيه وابن عمه الميت وابن عمه الحي، ولا يستحقُّ العمُّ الحيُّ شيئاً.

الحاشية ....

(١) في (ط): «احتمالان».

(٢) ٨/١٩٨ـ ٢٠٠.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٤٧٠ ـ ٤٧٣.

الفروع

يشمل الأصليَّ والعائد، واختار شيخُنا الأصليَّ؛ لأنَّ والديهما لو كانا حيين اشتركا في العائد، فكذا ولدهما.

ولو قال: أولادي ثم أولادهم الذكور والإناث، ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط، ثم نسلُهم وعقبُهم ثم، الفقراءُ، على أن من ماتَ منهم وتركَ ولداً وإن سفل فنصيبُه له، فمات أحدُ الطبقةِ الأولى وترك بنتاً، فماتت ولها أولادٌ، فقال شيخنا: ما استحقَّته قبل موتِها لهم، ويتوجَّهُ: لا(م١٢).

التصحيح

والقول الثالث: يختص به[1] أهل بطنه من أهل الوقف المتناولين له في الحال، فعلى هذا: يكون لابن أخيه وابن عمه الذي مات أبوه، ولا شيءَ لعمه الحيِّ ولا لولده.

[2] **فائدة**: صورةُ النصيبِ العائدِ والأصلي، إذا وَقَفَ على أولاده ثم على أولادهم أبداً على أن من مات عن ولدٍ فنصيبُه لولده، ومن مات عن غير ولد فنصيبه لمن في درجته، ثم مات بعض أولاده عن غير ولد، فانتقل نصيبُه إلى مَنْ في درجته من إخوته، ثم مات ولدٌ آخرُ عن ولدٍ انتقل نصيبُ أبيه الأصلي إلى ولده، وأمّا ما عاد إلى أبيه من نصيب أخيه فهل يستحقُّه هذا الولد؛ لأنَّه قد صار من نصيبه؟ أم لا يستحقُّه الولدُ بل يستحقُّه بقيةُ الطبقةِ؛ لأنَّ أباه إنما استحقَّه بمساواته للميت في الدرجة، وابنه ليس بمساوٍ للميت في الدرجة فلا يستحقُّه، ونصيبُ أبيه هو ما استحقَّه أبوه بالإحالةِ دون هذا العائدِ؟ هذا فيه وجهان، حكاهما أبوالعباس، رضي الله عنه. ورجح الثاني كما أشار إليه المصنف؛ لما ذكرنا، والله أعلم[2].

مسألة ـ ١٢: قوله: (لو[3] قال: أولادي ثم أولادهم الذكور والإناث، ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط، ثم نسلهم وعقبهم، ثم الفقراء، على أن من مات منهم وترك ولداً وإن سفل فنصيبه له، فمات أحدُ الطبقة الأولى وترك بنتاً فماتت ولها أولادٌ، فقال

الحاشية

....

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢ ـ ٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) في النسخ الخطية، و(ط): «إن»، والمثبت من «الفروع».

الفروع (١لو قال١): ومن مات عن غير ولد وإن سفل فنصيبه لإخوته ثم نسلهم وعقبهم، عَمَّ من لم يُعقب ومن أعقب ثم انقطع عقبُه؛ لأنّه لا يقصد غيره، واللفظ يحتملُه، فوجب الحملُ عليه قطعاً، ذكره شيخنا. ويتوجه نفوذُ حكم بخلافه، ولو وقف على من عادتُه حضورُ الدرس، أو المسجد، أو المبيت فيه، ونحو ذلك.

فقد قيل للقاضي في اعتبار العادةِ في الحيضِ: لو كانت العادةُ معتبرةً في ذلك لوجب أن لا يكفي تكررُه مرتين ولا أكثر؛ لأنه لا يحصل بهذا القَدْر عادةً، ألا ترى أن من بات في الجامع ليلتين لا يُقال: إن العادةَ بيتوتَتُهُ في الجامع. وإذا حضر مجلس الفقه مرتين لا يُقال: إن عادته حضورُ مجلس الفقه، وكونه مأخوذاً من العَوْد لا يوجبُ اعتبار الاشتقاق فيه، وإن كان مشتقّاً منه، كما أن الدابةَ مشتقةٌ من قولهم: دَبَّ على الأرض يَدبُّ، ولا يجوز أن يقال: كل ما دبَّ على الأرض يسمى دابةً؟ فقال القاضي: قد ثبت أن العادةَ مأخوذةٌ من المعاودة، وهذا المعنى يوجد بالمرتين (٢ولا يوجد بالمرة٢)، وأمّا

التصحيح شيخنا: ما استحقَّته قبل موتها لهم، ويتوجه: لا) انتهى.

قلت: الذي يظهرُ ما وجَّهَهُ المصنفُ، وأن أولادها لا يستحقُّون شيئاً؛ لأن الواقف لم يعط من ولد الظهر والبطن إلا الأولادَ وأولادَ الأولاد، ثم خَصَّ أولاد الظهر بعدهما بالوقف، وأولادُ هذه البنت ليسوا من أولاد الظهر، وهي من الطبقة الثانية.

وقوله: (على أن من مات منهم وترك ولداً وإن سفل[٣] فنصيبُه له) يعني: إن كان من أهل الوقف المذكورِ أولاً، وأولادُها ليسوا منهم، والله أعلم.

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في (ر).

(٢ ـ ٢) ليست في (ط).

(٣) بعدها في (ط): «نصيبه».

الفروع

من بات بمسجد دفعتين، فإنه يقال بأن معنى العادة وُجد في حقه وهو المعاودةُ، إلاّ أنه لم يُطلق عليه ذلك؛ لأنه غلب عليه ما هو أظهرُ منه، وهو البيتوتةُ في غيره، وفي مسألتنا قد أجمعنا على اعتبار هذه العادة الثانية دون ما قبلَها، فكان الاعتبارُ بالمعاودة، لوجود معنى الاسم فيه أولى، وكذلك أيضاً قولُهم: دابةٌ لكل ما دبَّ، لكن غلب على بعض الحيوان، فتركنا الاشتقاق لأجله.

ولو وَقَفَ على ولده فلان وفلان وسكت عن ثالث، وعلى ولد ولده، مُنع الثالثُ. وقال القاضي: لا، ونقله حرب*، وكذا: ولدي فلانٌ وفلانٌ ثم الفقراءُ، هل يشملُ ولد ولده؟ وقيل: يشمله.

التصحيح

....

الحاشية

*** قوله: (وسكتَ عن ثالثٍ وعلى ولدِ ولدِه، منع[1] الثالث، وقال القاضي: لا، ونقله حرب)**

الذي قدمُه المصنف، هو الذي جزم به الشيخ موفق الدين، والذي قاله القاضي، هو منصوصُ الإمامِ أحمدَ، قال ذلك الحارثي، ونقل فيه روايةَ حرب، ولم ينقل عن أحمدَ خلافَهُ وكذلك المصنف، لم ينقل عن أحمدَ خلافَهُ، وصحح الحارثي ما جزمَ بهِ الشيخُ، وهو الذي قدمهُ المصنفُ، قال الحارثي: إذا كان له بنونَ ثلاثةٌ، وقال: وقفتُ على ولدي، بكسرِ الدالِ، فلانٍ وفلانٍ وعلى ولدِ ولدي، فالمنصوصُ دخولُ الجميعِ، من سمَّى ومن لم يسمِّ، قال حرب: سألتُ أبا عبدِ اللهِ قلت: رجل وقفَ على ولدِه، فكتب كتاباً، هذه صدقةٌ على ولدِهِ فلانٍ وفلانٍ ثم قال: وولدِ ولدِه، ولهُ غيرُ هؤلاءِ قال: هم شركاءُ، ووجَّههُ القاضي بأن قولَه: ولدي، يستغرقُ الجنسَ فَيَعُمَّ والتخصيصُ بقوله: فلان وفلان، تأكيدٌ للبعضِ، فلا يوجِبُ إخراجَ البقيةِ، كالعطفِ في قوله تعالى: ﴿مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البقرة: ٩٨]، وجزم المصنف بعدم دخول الثالث وقصر الوقف على المسمينَ وأولادِهما وأولادِ الثالث، جعلاً لتسميتهما بدلاً للبعض من الكلِّ، فاختصَّ الحكمُ بهِ، كما في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ

(١) في (ق): «يمنع».

الفروع

وإن تعقب شرطٌ جُمَلاً عاد إلى الكلِّ. وفي «المغني» وجهان في: أنت حرام[١] وواللّه لا أكلمك إن شاء اللّه، واستثناء كشرط في المنصوص،

التصحيح ....

الحاشية

﴿إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧] خص الوجوبَ بالمستطيعِ بعد ذكرِ الكلِّ، ولأنه لو قال: ضربتُ زيداً رأسَه، ورأيت عَمْراً وجهَه، اختص الضربُ بالرأسِ والرؤيةُ بالوجه، أو نقولُ: هو بدلُ الكلِّ من الكلِّ؛ لانطلاق لفظ الولد على الابنين[٢] كانطلاقه على الجميع، ولأنَّ خُلُوَّهُ عن أداة العطف دليلُ إرادة التفسير والتبيين، بخلاف عطف الخاص على العام، فإنَّه يَقتضِي معنى التأكيد، فوجب حملُ ما نحنُ فيه على التفسيرِ والتبيين، وهذا الأصحُّ، ولو قال: على ولدي فلان وفلان ثم: على المساكين، ففيه من الخلاف ما ذكرنا، انتهى كلامُ الحارثي. قلت: ويشهدُ[٣] لما اختارَهُ الشيخ من نص أحمدَ، ما ذكروه: فيما إذا قال: أوصيتُ لجارِي محمد، وله جاران بهذا الاسمِ، أن الوصيةَ لاتصحُّ على المنصوصِ؛ لكونِ الموصى له مجهولاً؛ لأنَّ الوصيةَ لما[٤] اختصَّت بواحد ممن اسمُه محمدٌ، وهو مجهولٌ؛ لكون المسمَّى بهذا الاسمِ شخصينِ، فالمستحقُّ غيرُ معين، فالمنصوصُ في هذه المسألة أن الحكم اختصَّ بمنْ صرَّح به بعدَ العمومِ؛ لأنَّ جاري يَعُمُّ كلَّ جيرانه ومن اسمُهُ محمدٌ من أفرادِه، وقد ذكروا[٥]: أنَّ الوصيةَ اختصَّت بمن[٦] اسمُه محمدٌ، وإنَّما بطلتْ لكونِها اختصتْ بمحمد واحد وهو مجهولٌ لَمَّا كان معهُ منْ يشارِكُهُ بهذا الاسم، ولو اعتُبِر العمومُ لشملت جميعَ جيرَانه، كما قيل في مسألة الوقف المتقدمة، أنه يعمُّ أولادَهُ مَنْ سمَّى ومَنْ لم يُسَمِّ/ والمسألتان مشتبهتان، أعني: مسألة الوقفِ، ومسألة الوصيةِ، فلو قيل في كل واحدٍ منهما ما قيل في الأخرى، لم يكنْ بعيداً، وقد ذكرَ المصنفُ مسألةَ الوصية في كتابه في «أصول الفقه»، في مسألة المشترك، هَلْ يعمُّ أو لا؟ ووَجَّه فيها خلافاً، فليُنظَر هناك.

١٧٤

(١) ليست في (ط).
(٢) في (د): «الاثنين».
(٣) بعدها في (د) «له».
(٤) ليست في (ق).
(٥) بعدها في (ق): «أن النص».
(٦) في (ق): «لمن».

الفروع

وقيل: والجُمَلُ من جنس، وكذا مُخصِّص، من صفة وعطف بيان، وتوكيد، وبدل، ونحوه: والجار والمجرور، نحو: على أنه (١وبشرط أنه١)، ونحوه كشرط؛ لتعلقه بفعل لا باسم، وعمومُ كلامهم: لا فرق بين العطف بواو، وفاء، وثم. قاله شيخنا، وذلك لما تقدم، ذكره ابن عقيل وغيره.

وقرابته: وَلَدُه وولدُ أبيه، وجدُّه وجدُّ أبيه، وعنه: وأكثر إلى الأب الأدنى، وعنه: ثلاثة آباء، وعنه: يختص منهم من يصلُه، نقله ابنُ هانئ وغيرُه. وصححه القاضي وجماعةٌ، ونقل صالح: إن وصل أغنياءَهم أُعطوا وإلاّ الفقراءُ أولى، وأخذ منه الحارثيُّ عدمَ دخولهم في كلِّ لفظ عامٍّ، وقيل: وكذا قرابة أمِّه، وعنه: إن وصلهم شملهم، وإلاّ فلا، ومثله قرابةُ غيرِه أو الفقهاء، ويصل بعضهم، ذكره القاضي، ونقل معناه عبدالله.

وابنه كأبيه في أقرب قرابته، أو الأقربُ إليه، وأخوه لأبيه أو أبويه، كجد أبٍ، وقيل: يقدم ابنه وأخوه، وقيل: يقدم جدٌّ، وإخوةٌ لأبيه كأمه* إن شمله قرابته، وكذا أبناؤهما، ولأبويه أولى. ويتوجه رواية: كأخيه لأبيه؛ لسقوط الأمومة، كنكاح. وجزم به في «التبصرة»، وأبوه أولى من ابن ابنه، وفي «الترغيب»: ابن ابنه، وأن مَن قدم قدم ولده إلاّ الجد يقدم على بني إخوته، وأخاه لأبيه على ابن أخيه لأبويه، ويستوي جداه وعماه، كأبويه، وقيل: يقدم جده وعمه لأبيه. وإن قال: لجماعة أو لجمع من الأقرب إليه فثلاثةٌ، يتمم بما بعد الدرجة الأولى، ويشمل أهل الدرجة ولو كثروا، ويتوجه في

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (وقيل: يُقَدَّمُ جدٌّ وإخوةٌ لأبيه كأمِّهِ)

أي: كأخوة لأمِّه.

(١ ـ ١) ليست في الأصل.

الفروع جماعة: اثنان؛ لأنه لفظٌ مفردٌ، وقد قال صاحب «المحرر»: أقل الجمع فيما له تثنيةٌ خاصَّةٌ ثلاثةٌ، وفي «البلغة»: يجب حضورُ واحد الرجمَ، عند أصحابنا، وعندي اثنان؛ لأن الطائفةَ الجماعةُ، وأقلُّها اثنان، ويتوجه وجه في لفظ الجمع: اثنان، وذكره جماعة (ع).

وقال في «كشف المشكل»[1] في الخبر التاسع، من مسند عمر في قوله: ﴿فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾[التحريم: ٤] أي: زاغت عن الحقِّ وعَدَلت، وإنما قال: قلوبكما؛ لأن كل اثنين فما فوقهما جماعةٌ.

قال سيبويه: العرب تقول: وضعا رحالهما، يريدون: رحليْ راحلتيْهما. ولفظ: النساء ثلاثةٌ، على ظاهر ما سبقَ، وسبق كلام صاحب «المحرر». وفي «عيون المسائل» وغيرها فيما إذا ظاهر من أربعِ نِسْوَةٍ، وقد احتجَّ بالآية، قال: والنساء إنما يكن فوق الثلاثة، كذا قال.

وأهلُ بيته وآله[2]، وقومُه ونساؤُه، كقرابته، وقيل: كذي رحمه، وهم قرابة أبويه أو ولده*، وذكر القاضي مجاوزته لأب رابع، وأن ولده ليس بقرابته. ونقل صالح: يختص من يصلُه من قبَل أبيه وأمه، ولو جاوز أربعةَ آباء. وأن القرابة يعطي أربعة آباء فمن دون.

واختار أبومحمد الجوزي: أنَّ قومَه وأهلَ بيته، كقرابة أبويه، وأن

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (وقيل: كذي رحمه، وهمْ قرابةُ أبَوَيْه أو وَلَده) إلى آخره.

قال في «المحرر»: وإن وصَّى لذوي[3] رحمه، فهو كلُّ منتسب إليه من جهة أمِّه أو أبيه أو ولده.

---

(١) ذكره ابن رجب بعنوان: «الكشف لمشكل الصحيحين»، وقال: إنه أربع مجلدات. منه نسخة مخطوطة في جاريت برقم (١٤٥٠)ينظر: «مؤلفات ابن الجوزي» ص ١٩٠ .

(٢) ليست في (ر).

(٣) في (ق): «الذي».

القرابةَ قرابةُ أبيه إلى أربعة آباء، وعنه: أزواجه من أهله ومن أهل بيته، ذكرها شيخُنا، وقال: في دخولهنَّ في آله وأهل بيته روايتان، واختار الدخولَ/ ، وأنَّه قولُ الشريف.

الفروع ٧٣/٢

ولفظ أهل بيته يضارع آله، وأن الشخص يدخل فيهما* لا في أهله؛ لأنه ممن يؤهل بيته لا نفسه، وظاهر«الوسيلة»: أن لفظ الأهل كالقرابة، وظاهر «الواضح»: أنهم نساؤه، وعترته عشيرتُه، وقيل: ذريتُه، وقيل: ولده وولده، وقيل: قرابته، كآله وأهل الوقف المتناول، وعصبته وارثه بها مطلقاً، وقيل: فيها وفي قرابته الأقرب.

والعزبُ والأيمُ غيرُ المتزوج، وقيل: العزبُ لرجل، والأيمُ لامرأةٍ، وفي«التبصرة»: الأيامى النساءُ البُلَّغُ، ومن فارقت زوجها أرملةٌ، وقيل: وكذا الرجل[1] أرملُ، وفي «تعليق القاضي»: الصغيرة لا تُسمى أيِّماً ولا أرملةً عُرْفاً، وإنما ذلك صفةٌ للبالغ، والثيوبةُ زوالُ البكارةِ. قاله الشيخ.

وقال ابن عقيل: بزوجية*، من رجل وامرأة وأخوتُه وعمومتُه لذكرٍ وأنثى، كعانس وبكر، ويتوجَّه وجهٌ، وتناولُه لبعيد كولد ولد[2]. وقال

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (وأنَّ الشخصَ يدخُلُ فيهمَا)

أي: في آله وأهل بيته، فإذا وقفَ الشخصُ على آله أو أهل بيته، دخل الواقفُ في الوقفِ، وإذا وقفَ على أهله لا[3] يدخلُ الواقفُ.

* قوله: (وقال ابنُ عقيلٍ بزوجيةٍ)

أي: زوال البكارةِ بزوجيةٍ.

(١) في (ر): «الرجل».

(٢) في (ط): «رجل».

(٣) في (ق): «لم».

الفروع ابن الجوزي: يقال: رجل أيِّمٌ وامرأةٌ أيِّم، ورجل أرملُ، وامرأة أرملةٌ، ورجل بِكْر، وامرأة بكْر إذا لم يتزوجا، ورجل ثيِّب وامرأةٌ ثيِّبٌ[١] إذا كانا قد تزوجا.

قال: والقوم للرجال دون النساء، قال تعالى: ﴿لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ﴾ الآية [الحجرات: ١١] (وش) سُمُّوا قوماً؛ لقيامهم بالأمور، ولم يزد على ذلك.

والرهطُ: لغةً ما دون العشرةِ من الرجال خاصَّة، ولا واحدَ من لفظه، والجمع: أرْهُطٌ، وأرْهاطٌ، وأرَاهطٌ، وأراهيطٌ، وقال في «كشف المشكل»: الرهطُ: ما بين الثلاثة إلى العشرة، وكذا قال: النفر من ثلاثة إلى عشرة، ومواليه من فوق ومن تحت*.

وقال ابن حامد: من فوق، ومتى عدم مواليه، فقيل: لعصبة مواليه، وقيل: لوارثه بولاء، وقيل: منقطع(م١٣)، ولا شيء لموالي عصبته إلاّ مع عدم مواليه ابتداء.

التصحيح **مسألة ـ ١٣**: قوله: (ومواليه من فوق ومن تحت، وقال ابن حامد: من فوق، ومتى عدم مواليه، فقيل: لعصبة مواليه، وقيل: لوارثه بولاء، وقيل: منقطع) انتهى:

أحدها: يكون لعصبة[٢] مواليه، قدمه في «الرعايتين».

الحاشية * **قوله: (ومواليه من فوق ومن تحت)**

قال ابن أبي موسى في «الإرشاد»[٣]: ومن وقفَ على مواليه المعتَقِينَ جازَ، وكانَ بينهمْ على ما شرطَ، فإن ماتُوا ولهم أولادٌ، كان ما كان وقفاً عليهم وقفاً على أولادهم، وفيه إشكالٌ من وجهين: أحدهما: أنه جعل الوقف على الموالي المعتقين، متناولاً لأولادِهم، ولم أجد المسألةَ في كلامِ غيره، فيحررُ، هل وافقُوه على ذلك أم لا؟

---

(١) في (ر): «ثيبة».
(٢) في (ط): «عصبة».
(٣) ص ٢٤٠.

الفروع

وجيرانُه أربعون داراً من كل جانب، وعنه: مستدارُ أربعين، وعنه: ثلاثين. ونقل ابن منصور: ينبغي أن لا يعطي إلاّ الجار الملاصقَ، وقيل: العرفُ. ولو وقف على أهل قريته أو قرابته أو إخوته، لم يشمل مخالفاً دينه بلا قرينة، وقيل: يشمل وقف الكافرِ المسلمَ، كشموله كافراً مخالفاً دينه إن ورثه.

والعلماء حَمَلَةُ الشرعِ، وقيل: من تفسير وحديث وفقه ولو أغنياءَ، وهل يختصُّ من يصله كقرابته؟ وأهل الحديث من عرفه، وذكر ابن رزين فقهاء ومتفقهةً كعلماء، ولو حفظ أربعين حديثاً؛ لا بمجرد السماع، والقراء الآن حُفَّاظه.

والصبيُّ والغلامُ من لم يبلغ، ومثله اليتيمُ بلا أب، ولو جهل بقاء أبيه، فالأصل بقاؤه، في ظاهر كلامهم، وقال شيخنا: يُعطى من ليس له ببلد الإسلام أبٌ يُعْرفُ، قال: ولا يُعطى كافر، فدلَّ أنه لا يُعطى من وقف عامٍّ، وهو ظاهرُ كلامهم في مواضع، ويتوجه وجهٌ. قال ابن عقيل: قال[1]

التصحيح

والقول الثاني: لوارثه بالولاء، وهو أعم [2]من القول الأول[2].

والقول الثالث: يكون كمنقطع الآخر. قلت: وهو الصواب، وقطع به في «الرعاية الكبرى»، بعد[3]- عصبة الموالي، وقيل: هو لموالي العصبة، قدمه في «الحاوي الصغير»، و«الفائق». قال الشريف أبوجعفر: هو لموالي أبيه، واقتصر عليه الشارح.

الحاشية

الوجهُ الثاني: ظاهرُ كلامه أن أولادَهُمْ ليس لهم شيءٌ إلاَّ بعدَ موتِهم، وليسَ في كَلامِ الواقف ما يقتضي ترتيباً، فيحررُ أيضاً. والوجهُ الثاني إشكالُهُ أقوى، فيمَا يظهرُ بخلاَف الأول.

---

(١) ليست في (ط).

(٢ـ٢) ليست في (ط).

(٣) في (ط): «وفي».

الفروع بعضهم: ولا يشمل ولد الزنا؛ لأنَّ اليُتْمَ[(١)] انكسار يدخل على القلب بفقد الأب. قال أحمد فيمن بلغ: خرج من حدِّ اليُتْم[(١)].

ويتوجه: أن أعقلَ الناس الزُّهادُ. قال ابن الجوزي: ليس من الزهد، تركُ ما يقيمُ النفس، ويُصلحُ أمرها، ويُعينُها على طريق الآخرة، فإنه زهدُ الجُهَّال، وإنما هو تركُ فُضُول العيش، وما ليس بضرورة في بقاء النفس، وعلى هذا كان النبيُّ ﷺ وأصحابه.

قال شيخنا: الإسرافُ في المباح هو مجاوزةُ الحدِّ، وهو من العدوان المحرَّم، وتركُ فضولها من الزهد المباح، والامتناعُ منه مطلقاً كمن يمتنع من اللحم أو الخبز أو الماء أو لُبْس الكتان والقطن أو النساء فهذا جهل وضلالٌ، واللّهُ أمر بأكل الطيِّب والشكر له، والطيبُ ما ينفعُ ويعينُ على الخير، وحرَّم الخبيث، وهو ما يضرُّ في دينه.

والشابُّ والفتى من بلغ إلى ثلاثين، وقيل: وخمسة، والكَهْلُ منها إلى خمسين، والشيخُ منها إلى سبعين، وفي «الكافي»، و«الترغيب»: إلى آخر العمر، ثم الهَرَمُ.

وأبوابُ البرِّ القُرَبُ، وأفضلُها الغزو، يبدأ به. نص عليه، ويتوجه ما تقدم في أفضل الأعمال، والرقاب، والغارمون، وفي سبيل اللّه، وابنُ السبيل، مصارفُ الزكاة، فتُعطى في فداء الأسرى لمن يفديهم.

قال شيخنا: أو يُوَفَّى ما استدينَ فيهم؛ لأنَّ النبي ﷺ كان تارةً يَستدينُ

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) في (ط): «اليتيم».

الفروع

لأهل الزكاة، ثم يصرفُها لأهل الدَّين[١]، فعُلم أن الصرفَ وفاء، كالصرف أداءً. قال: ويعطي من صار مستحقّاً قبل قسمة المال كزكاة. وذكر القاضي و«الترغيب» أن: ضع ثُلُثي حيث أراك اللّه، أو في سبيل اللّه: البر والقربة لفقير ومسكين، وجوباً، والأصحُّ: لا، كفقراء قرابته، مع أن قريباً لا يرثه[٢] أحقُّ، فيبدأ بهم. نص عليه.

قال شيخنا: ولهذا في وجوب وصيته لهم الخلافُ، فدل أن مسألتنا كهي. وقال أحمد في الماء الذي يسقى في السبيل: يجوز للأغنياء الشرب[٣] منه. قيل لأحمد: أوصى بمالٍ في السبيل فدفع إلى قرابةٍ له في الثغر يغزو به، ولعل في الثغر أشجعَ منه، ولو لم يكن قريباً لم يعط المال كله أيأخذه؟ فلم ير بأخذه بأساً. قيل له: بعث بمال لقرابةٍ له بالثغر يغزو به، تُرى له يرده أو يقبله؟ قال: القرابةُ غيرُ البعيد، وإذا بعث إليه بمال وقد كان أشرفت نفسه، فلا بأس بردِّه، وكأنه اختارَ ردَّه. وقيل له: أوصى لفلانٍ بكذا يشتري به فرساً يغزو به ويدفع بقيته إليه، فغزا ثم مات؟ قال: هو له يُورثُ عنه.

وسبيل الخير لمن أخذ من زكاة لحاجة، ذكره في «المجرد»، وقال أبوالوفاء: يعمُّ فيدخل فيه الغارمُ للإصلاح، قالا[٤]: ويجوز لغنيٍّ قريب، ويشمَلُ جَمْعَ مُذكر سالم، كالمسلمين، وضميره الأنثى، وقيل: لا، كعكسه.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٦٨)، ومسلم (٩٨٣) (١١)، من حديث أبي هريرة.

(٢) في الأصل: «يرث».

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٤) في (ط): «قال».

الفروع والأشرافُ أهلُ بيت النبي ﷺ، ذكره شيخنا، قال: وأهل العراق كانوا لا يُسَمُّون شريفاً إلاّ من كان من بني العباس، وكثير من أهل الشام وغيرهم لا يُسَمُّون إلاّ من كان علوياً، قال: ولم يُعلِّق عليه الشارعُ حكماً في الكتاب والسنة ليُتلَقَّى حدُّه، من جهته.

والشريفُ في اللغة خلافُ الوضيعِ والضعيف، وهو الرياسةُ والسلطانُ، ولما كان أهلُ بيت النبي ﷺ أحقَّ البيوت بالتشريف، صار من كان من أهل البيت شريفاً، فلو وصَّى لبني هاشم، لم يدخل مواليهم. نص عليه في رواية ابن منصور وحنبل.

قال في «الخلاف»: لأن الوصيةَ يُعتبر فيها لَفظُ[1] الموصي، ولفظُ صاحب الشريعة يُعتبر فيه المعنى، ولهذا لو حلف: لا أكلت من السكر[2]؛ لأنه حلوٌ لم يعمَّ غيرَه من الحلاوات، وكذلك لو قال: عبدي حرٌّ؛ لأنه أسودُ، لم يُعتَق غيرُه من العبيد، ولو قال اللهُ: حرَّمتُ المسكرَ[3]؛ لأنه حلوٌ، يعمَّ جميع الحلاوات، وكذلك إذا قال: أعتق عبدك؛ لأنه أسودُ، عمَّ.

والوصيةُ كالوقف في جميع ذلك. نقل جماعةٌ فيمن أوصى بصدقة طعاماً، هل يجوز للوصي دفعُ قيمته؟ قال: لا، إلاّ ما أوصى، وجعله في ٢/٧٤ «الانتصار» وفاقاً/، قال أحمد: والوصايا يُنتهى فيها إلى ما أوصى به الموصي.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) ليست في (ط).

(٢) في النسخ الخطية: «المسكر»، والمثبت من (ط).

(٣) في الأصل و(ط): «السكر».

الفروع

ونقل صالحٌ وابنُ هانئ فيمن وصَّى في مرضه فقال: صيرتُ داري هذه لولد أخي وولد أختي على أن يسكنوها، ينفذ في ثلثه على ما سمَّى، ونص فيمن أوصى بصدقة في أبواب بغدادَ يفعل، ونص فيمن قال: أعتقوا رقبةً ولو كافرةً، لا يُعتق إلاّ مسلم، ونص فيمن أوصى بكفارات غداء وعشاء: أعجبُ إليَّ كما أوصى.

ولو أوصى في المساكين لم يجز في غزوٍ وغيرِه، بل يُعطى المساكينُ كما أوصى. نص عليه. وفي «الوسيلة»: من أوصى لرجل بخدمة عبده أو سكنى داره، فله إيجارُهما، أومأ إليه.

ونقل حرب فيمن وصى لأجنبيٍّ وله قرابة (١لا يرثه١) محتاج: يرد إلى قرابته، وذكر شيخنا رواية: له ثلثها، وللموصى له ثلثاها، ونقل صالح وأبوطالب والجماعة الأول، كما وصَّى، واحتج بأنَّ النبيَّ عليه السلام أجاز وصيةَ الذي أعتق[٢].

والأصحُّ دخولُ وارثه في وصيته لقرابته، خلافاً لـ«المستوعب»، ومن لم يجز من الورثة، بَطَلَ في نصيبه، ولو وصى بعتق أمة، فأنثى، والعبد ذكرٌ، وقيل: أو أنثى، وفي خنثى غير مُشْكل وجهان[م١٤]، ولو أوصى بأضحية أنثى أو ذكر فضحوا بغيره خيراً منه[٣]، جاز، وعلله ابن عقيل بزيادة خير في المخرَج.

التصحيح

مسألة ـ ١٤: قوله: (ولو وصى بعتق أمة، فأنثى، والعبد ذكرٌ، وقيل: أو أنثى، وفي خنثى غيرِ مُشكلٍ وجهان) انتهى:

الحاشية ....

(١ ـ ١) في الأصل: «لا قرابه».

(٢) أخرجه مسلم (١٦٦٨) (٥٧).

(٣) في (ط): «من».

الفروع

فصل

ويحرم بيعُه، وكذا المناقلة، نقله علي بن سعيد، لا يستبدل به ولا يبيعه إلاّ أن يكون بحال لا ينتفع به، ونقل أبوطالب: لا يغير عن حاله، ولا يباع إلاّ أن لا ينتفع منه بشيء، وقاله الأصحاب، وجوَّزهما شيخنا لمصلحة، وأنه قياسُ الهدي[1]، وذكره وجهاً* في المناقلة، وأومأ إليه أحمد، ونقل

التصحيح

قلت: الصوابُ أن الخنثى غيرَ المشكل يُعطى حُكْم ما حكمنا عليه به، إن حكمنا بأنه أنثى كان أنثى، وإن حكمنا بأنه ذكر كان ذكراً، فيصحُّ إعطاؤه في الوصية بالحكم الذي حكمنا عليه به، وهو في حكم من لم يكن خنثى من الذكور أو الإناث، والذي ينبغي أن يكون محلَّ الخلاف الذي ذكره المصنف في الخنثى المشكل لا في الخنثى غير المشكل، [2]إن كان الخلافُ مفرعاً على القول بجواز أنثى عن عبد، فخنثى بطريق أولى[2].

أحدهما: لا يجزئ عتقُه فيما إذا وصَّى بعتق أمة أوعبد. قلت: وهو الصوابُ؛ لأن ذمَّته قد اشتغلت بمعين، وهذا ليس بمعين، فلا تبرأ ذمَّته إلاّ بمتحقق، ثم [2]وجدت الحارثي قطع بأنه لا يدخل في مطلق بعبد. انتهى[2].

والوجه الثاني: يجزئ.

فائدة جليلة: قوله: (ويليه حاكم، وقيل: ناظره) انتهى.

ما قدمه المصنف جزم به الحلواني في «التبصرة» واختاره الحارثي في «شرحه»، وقواه شيخنا البعلي في «حواشي الفروع»، وهو كمال قال.

واعلم: أن الوقف حيث أجزنا بيعه وأردناه[3] فمن يلي بيعه لا يخلو إما[4] أن يكون

الحاشية

*** قوله: (وجوَّزهُما شيخُنَا لمصلحةٍ، وأنه قياس الهدي، وذكره وجهاً)**

تغييرُ الوقف لمصلحة، إن كانت المصلحةُ لنفسِ الموقوفِ عليهِ فقط لا لمصلحةِ الوقفِ، ولا لدفعِ

---

(١) المراد ما يهدى للكعبة إذا مات بالطريق.

(٢ ـ ٢) ليست في (ح).

(٣) في (ط): «وأردنا».

(٤) ليست في (ط).

الفروع

صالح: نقل المسجد لمنفعة للناس، ونصه[١]: تجديدُ بنائه لمصلحته، وعنه: برضى جيرانه، وعنه: يجوز شراءُ دُورِ مكةَ لمصلحة عامَّةٍ، فيتوجه هنا مثلُه، قال شيخنا: جوَّز جمهورُ العلماء تغييرَ صورتِهِ لمصلحة، كجعل الدُّورِ حوانيتَ، والحكُورة المشهورة*، ولا فرقَ بين بناء ببناءٍ، وعَرْصَةٍ بعَرْصةٍ*. وقال فيمن وقف كُروماً على الفقراء، يحصلُ على جيرانها به ضررٌ: يُعَوَّضُ عنه بما لا ضرر فيه على الجيران، ويَعودُ الأول ملكاً؛ والثاني وقفاً.

ويجوز نقضُ منارته، وجعلُها في حائطه لتحصينه، ونص عليه، ونقل أبوداود أنه سئل عن مسجد فيه خشبتان لهما ثمنٌ تشعث، وخافوا سقوطه،

التصحيح

على سُبل الخيرات، كالمساجد والقناطر والمدارس والفقراء، والمساكين ونحو ذلك،

الحاشية

الضرر عن الموقوف عليهمْ، فقدْ ذكرَ المصنفُ في أول البابِ[٢] ما يتعلقُ بذلكَ من كلامِ الشيخ تقي الدين، وحفرِ الساقية وإحداث الباب ونحوِه، ذكرَهُ المصنفُ في الصلحِ[٣]، في فصل من صولِحَ بعوَض على إجراءِ ماء.

* قوله: (والحُكُورَةَ المشهورةَ)

يريدُ بذلك أن كثيراً من الأوقافِ كانَ بساتين، فأحكرُوهَا وجعلتْ بيوتاً وحوانيتَ، ولم ينكرْ ذلك العلماءُ الأعيانُ، ومن ذلك وقفُ المسمارةِ بالشامِ، كان بساتينَ فأُحكر وأُعمل بيوتاً، وحوانيتَ، ولم ينكرهُ علماءُ ذلك الزمان.

* قوله: (ولا فرقَ بين بناء ببناء، وعرصة بعرصة)

لعله ولا فرق بين بناء بعرصة، وعرصة ببناء، أي: يجعلُ البناءُ عرصةً والعرصةُ بناءً وهو واضحٌ، وتقوِّيه النسخةُ الأخرى، وهي البساتينُ مساكنَ.

---

(١) في (ط): «نصحه».

(٢) ص ٣٢٩.

(٣) ٦/٤٣٧ ـ ٤٣٨.

الفروع أتباعان[١]، وينفق على المسجد ويبدل مكانهما جذعين؟ قال: ما أرى به بأساً، واحتج بدوابِّ الحَبْسِ التي لا ينتفع بها، تباع ويجعلُ ثمنُها في الحَبْسِ. قال في «الفنون»[٢]: لا بأس بتغيير حجارة الكعبة إن عرض لها مرمة؛ لأن كل عصر احتاجت فيه إليه قد فعل، ولم يظهر نكيرٌ، ولو تعيبت الآلةُ، لم يجز، كالحجر الأسود لا يجوز نقله، ولا يقوم غيره[٣] مقامه، ولا ينتقل النسكُ معه، كآي القرآن لا يجوز نقلها عن سورة هي فيها؛ لأنها لم توضع إلاّ بنصِّ النبي ﷺ بقوله: «ضعوها في سورة كذا»[٤].

قال: وقال العلماء: مواضعُ الآي من كتاب اللّه كنفس الآي، ولهذا حَسَمَ النبي ﷺ مادةَ التغيير في إدخال الحجْر إلى البيت[٥]، ويكره نقلُ حجارتها عند عمارتها إلى غيرها، كما لا يجوز صرفُ ترابِ المساجد لبناء في غيرها بطريق الأولى. قال: ولا يجوز أن تُعلى أبنيتُها زيادةً على ما وُجد من علوِّها، وأنه يكره الصكُّ فيها وفي أبنيتها إلاّ بقدر الحاجة، ويتوجه جوازُ البناء على قواعد إبراهيم عليه السلام؛ لأنَّ النبيَّ عليه السلام لولا المعارض في زمنه لفعله، كما في خبر عائشة[٥]، قال ابن هبيرة فيه: يدل على جواز تأخير الصوابِ لأجل قالةِ الناس، ورأي مالك والشافعي: تركُه أولى؛ لئلا يصيرَ ملعبةً للملوك، وكل وَقْفٍ تعطَّلَ نفعُه المطلوب منه، بخراب أو غيره، ولو

التصحيح أو على غير ذلك، فإن كان على سُبل الخيرات؛ فالصحيح من المذهب أن الذي يلي بيعَه

الحاشية ....

---

(١) في النسخ الخطية: «اتباعاً»، والمثبت من (ط).

(٢) في (ط): «العيون».

(٣) في (ط): «غير».

(٤) أخرجه أبو داود (٧٨٦)، والترمذي (٣٠٨٦)، والنسائي (٨٠٠٧).

(٥) تقدم تخريجه ٣/ ١٩٢.

الفروع

بضيق مسجدٍ، نص عليه، أو خربت محلَّتُه، نقله عبدالله، بيع، ذكره جماعة.

نقل جماعة: لا يباعُ إلاّ أن لا ينتفع منه بشيء لا يرد شيئاً، وفي «المغني»[1]: إلاّ أن يقلَّ فلا يعد نفعاً، وقيل: أو أكثرُ نفعه، نقله مهنا في فرس كَبِر وضَعُفَ، أو ذهبت عينُه، فقلت: دارٌ أو ضيعةٌ ضَعُفُوا أن يقوموا عليها؟ قال: لا بأس ببيعها إذا كان أنفعَ لمن ينفق عليه منها، وقيل: أو خيف تعطُّلُ نفعِهِ. جزم به في «الرعاية»، وقيل: أو أكثره قريباً*.

سأله الميمونيُّ: يباع إذا عَطِب إذا فَسَد؟ قال: إي والله، يباع إذا كان يُخاف عليه التلفُ والفسادُ والنقصُ، باعوه وردُّوه في مثله. وسأله الشالنجي: إن أخذ من الوقف شيئاً فعتق في يده وتغير عن حاله؟ قال: يُحوَّلُ إلى مثله.

وكذا في «التلخيص»، و«الترغيب»، و«البلغة»: لو أشرف على كسر أو هدمٍ وعلم أنه لو أخر لم ينتفع به، بِيع، وقولهم: بيع، أي: يجوز نقله، وذكره جماعة، ويتوجه أن ما قالوه للاستثناء مما لا يجوزُ، وإنما يجبُ*؛

التصحيح

الحاكمُ، وعليه أكثرُ الأصحاب، وقطع به كثيرٌ منهم، منهم صاحب» الرعاية» في كتاب

الحاشية

* قوله: (قريباً)

هو راجع إلى قوله: (خيفَ تعطلُ نفعِهِ)، التقديرُ: أو خيفَ تعطُّلُ نفعِهِ قريباً.

* قوله: (وقولهم: بيعَ، أي: يجوزُ) إلى قوله: (وإنما يجب).

قال في «الفائق»: وبيعُه حالةَ تعطُّله، أمرٌ جائزٌ عندَ البعضِ وظاهرُ كلامِهِ في «المغني»[2] وجوبُهُ، وكذلكَ إطلاقُ كلامِ أحمدَ[3]، ذكرُه في «التلخيص»؛ رعايةً للأصلَحِ، وفي «الاختيارات»، ومع الحاجة يجبُ إبدالُ الوقف بمثله.

---

(١) ٨/ ٢٢٣.

(٢) ٨/ ٢٢١.

(٣) بعدها في (ق): «و».

الفروع لأن الوليَّ يلزمه فعلُ المصلحة، وهو ظاهر رواية الميموني، وغيرها.

قال القاضي وأصحابه والشيخُ: ولأنه استبقاء للوقف بمعناه فوجب، كإيلاد أمة موقوفة أو قتلها، وكذا قال شيخنا: مع الحاجة يجبُ بالمثل، وبلا حاجة يجوز بخير منه؛ لظهور المصلحة، ولا يجوزُ بمثله؛ لفوات التعيين بلا حاجة، وفي «المغني»[1]: ولو أمكن بَيْعُ بعضه ليُعْمر به بقيَّته، بيع، وإلاّ بِيع جميعُه، ولم أجده لأحد قبله.

والمراد: مع اتحاد الواقفِ*، كالجهة، ثم إن أراد عينين كدارين فظاهر، وكذا عيناً واحدةً ولم تنقص القيمة بالتَّشْقيصِ[2]، فإن نَقَصَتْ، توجَّه البيعُ في قياس المذهب، كبَيْع وصيٍّ لدين، أو حاجةِ صغيرٍ، بل هذا أسهلُ؛ لجواز تَغيير صفاتِهِ لمصلحةٍ، وبيعِه على قولٍ، ولو شرط عدمه؛ بيع، وشرطُهُ إذن فاسدٌ، في المنصوص، نقله حرب؛ وعلله بأنه ضرورةٌ ومنفعةٌ

التصحيح الوقف، والحارثي، والزركشيُّ في كتاب الجهاد وقال: نص عليه وغيرُهم، وقدمه المصنف وغيره.

الحاشية * **قوله: (وفي «المغني»، ولو أمكنَ بيعُ بعضه ليعَمَّرَ به بقيَّتُهُ، بيعَ، وإلا بيعَ جميعُهُ، ولم أجده لأحد قبلَهُ، والمرادُ: مع اتحاد الواقف)** إلى آخره.

قالَ الشيخ زينُ الدين بنُ رجب في «طبقاته» في آخرِ كراسٍ، في ترجمة عُبَادَةَ: أنَّهُ أفتى في أوقاف وقفَها جماعةٌ على جهَة واحدَة من جهات البرِّ: إذا خرب بعضُها جازَ للمباشر أن يعمرَه من الأجرة[3]. ووافَقَهُ طائفةٌ من الحنفية، هذا معنى كَلاَمِ الشيخ زين الدين بن رجب، ولم يردَّ عليه، وقولُ المصنِّف هنا: (والمرادُ: مع اتحاد الواقف، كالجهة) قياسُهُ خلافُ[4] فتيَا عُبَادَةَ، وهو أظهر.

---

(١) ٨/ ٢٢١.

(٢) في (ط): «التشقيص».

(٣) في (ق): «الآخر».

(٤) ليست في (ق).

الفروع

لهم، ويتوجه على تعليله لو شرط عدمه عند تعطله. ويليه حاكمٌ، وقيل: ناظره*.

التصحيح

وقيل: يليه الناظرُ الخاصُّ عليه إن كان، جزم به في «الرعاية الكبرى» في كتاب البيع قلت: وهو قويٌّ، وهو ظاهركلام كثير من الأصحاب، وإن كان الوقف على غير ذلك، فهل يليه الناظر الخاص أو الموقوف عليه أو الحاكم؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يليه الناظر الخاصُّ، وهو الصحيحُ من المذهب. قال الزركشيُّ: إذا تعطَّلَ

الحاشية

* قوله: (ويليه حاكمٌ وقيل ناظرُه)

أي: يلي بيع الوقف، وقيل: ناظرِه، والقولُ الأخيرُ، جزَمَ به في «المحرر» و«الرعايةِ» وفي «الفائق»، ويتولَّى البيعَ ناظرُهُ الخاصُّ، حكاهُ غيرُ واحد، وعند عدمه وجهان: الموقوفُ عليه إذا قيل بملْكه، والثاني: الحاكمُ كَما في الموقوف على غير معيَّن. ولم أظفرْ في المسألةِ صريحاً في كلامِ الشيخ، ولم أظفرْ بما قدمَّهُ المصنِّفُ[1]، فالذي يظهَرُ العملُ بما جزمَ به الأشيَاخُ، صاحبُ «المحررِ» وغيرُهُ، حتى يوقفَ على ما قدمهُ المصنفُ، ويُعرفَ أصلُهُ، والمسألةُ ذكرَها في «الرعاية» في البيوعِ، في باب ما يحلُّ بيعُهُ، ولفْظُهُ: فلِناظِرِهِ الخاصِّ بهِ بيعُهُ، وصرفُ ثمنه في مثله، أو بعضِ مثله ويكونُ ما اشْتَراهُ به وقفاً كالأول، فإنْ لم يكنْ لهُ ناظِرٌ خاص فعلَ ذلكَ الإمامُ أو نائبُهُ. نصَّ عليه، وقيلَ: بلْ يَفْعَلُه الموقوفُ عليه، قال المؤلفُ: إن قلْنا يملكُهُ وإلاّ فلا، وقالَ ابنُ أبي المجد: فيبيعُهُ ناظِرُهُ، واقتصر على ذلك، ولم يُرِدَّ عَلَيْه وفي «الزركشي»: فإن الناظِرَ يبيعُه، ولم يذكر سواه مع كثرة نقله وفي «التلخيص»: ويكون البائعُ الإمامَ، أو نائبَهَ، نصَّ علَيْه، وكذلكَ الشراءُ بِثَمَنِهِ. وهذا إذا لم يكن للوقف ناظرٌ، لكنْ قد يقالُ: ظاهرُ كلامِ «التلخيص» يُشعِرُ بما قدَّمَهُ المصنِّفُ؛ لأنَّه قالَ: ويكونُ البائعُ الإمام، أو نائبه، نصَّ عليه، وظاهرُهُ: أن المنصوصَ بيعُه للإمام أو نائبه.

وأمّا قولُه: وهذا إذا لم يكن للوقف ناظرٌ فالظاهرُ: أنَّهُ من عنده؛ لأنَّه لم يدخله تحت قوله: نصَّ عليه، بل أخَّره عنه، وقالَ في «المغني»[2]: ونص على جواز بيع عرصته، أي: عرصة المسجد في

---

(١) بعدها في (ق): «هنا».

(٢) ٨/ ٢٢١.

الفروع ....

التصحيح الوقفُ، فإنَّ الناظرَ فيه يبيعُه، ويشتري بثمنه ما فيه منفعةٌ تُرَدُّ على أهل الوقف، نص عليه، وعليه الأصحاب. انتهى. قال في «الفائق»: ويتولى البيعَ ناظرُه الخاصُّ، حكاه غير واحدٍ. انتهى.

وجزم به في «التلخيص»و «المحرر»، فقال: يبيعه الناظرُ فيه. وقال في «التلخيص»: يكون البائع الإمامَ أو نائبَه، نص عليه، وكذلك المشتري بثمنه، وهذا إذا لم يكن للوقف ناظرٌ. انتهى. وقدمه الناظم فقال:

وناظرُه شرعاً يَلِي عَقدَ بَيْعِه وقيل ان يعينْ مالكُ النفع يُعقدِ[1]

قدمه في «الرعاية الكبرى»، فقال: فلناظره الخاصِّ بيعُه، ومع عدمه[2]؛ يفعل ذلك الموقوفُ عليه. قلت: إن قلنا: يملكه، وإلاَّ فلا، وقيل: بل يفعله مطلقاً، الإمامُ أو نائبه، كالوقف على سُبل الخيرات. انتهى. وقدمه الحارثي وقال: حكاه غيرُ واحد. انتهى.

والقول الثاني: يليه الموقوف عليه، وهو ظاهر ما جزم به في «الهداية»، فقال: فإن تعطلت منفعتُه، فالموقوفُ عليه بالخيار بين النفقة عليه وبين بيعه وصرف ثمنه في مثله. انتهى.

الحاشية رواية عبدالله، وتكونُ الشهادةُ في ذلك على الإمامِ، فظاهرُه أن الذي يبيعُه الإمامُ؛ لقولِهِ: وتكونُ الشهادةُ في ذلك على الإمامِ، ونقلَهُ في «شرح المقنع»[3] كـ«المغني»، فهذا وكلامُ «التلخيص» والنصُّ الذي ذكره، يقوِّي ما قدَّمهُ المصنفُ، أمّا من جهة المعنى؛ فلأنَّهُ فَسخُ عقد لازم مختلف فيه، خلافاً قويّاً؛ لأنَّ الخلافَ في عدمِ بيعِ الوقف، قد قالَ به جماعةٌ من أعيان الأئمة، فتوقَّفَ فسْخُه على حاكم، كما قيل في الفسوخِ المختلَف فيها، كالفسخ للنفقة ونحوِها، ووجهُ الاستِدْلالِ من كلام «المغني» أنه جعلَ الشهادةَ فيه على الإمام، ولم يفرق بين ماله ناظرٌ وغيرِه، فظهر من ذلكَ أن الإمام يلي البيعَ، وظاهرُه أن الإمام مقدَّمٌ في هذا البيع على الناظر الخاصِّ؛ لأنَّهُ لم يفرق بين ما له ناظرٌ خاصٌّ، وبين غيره، قال في «الرعاية الصغرى»: وإن خرب مسجد، أو ما حولَه، فتعذر

(١) في (ح): «يعقده»، و(ط): «العقد» وانظر «عقد الفرائد» ١/ ٣٩٠.

(٢) في (ط): «عمده».

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٦/ ٥٢٢.

الفروع ....

التصحيح

وكذا قال ابن عقيل في «الفصول»، وابن البناء في «الخصال»، وابن الجوزي في «المذهب»، و«مسبوك الذهب»، والسامري في «المستوعب»، وأبوالمعالي ابن المُنجَّا في «الخلاصة»، وابن أبي المجد[1] في «مصنفه»، وقدمه في «الرعاية الصغرى»، فقال: وما تعطل نفعه فلمن وقف عليه بيعه. قلت: إن ملكه، وقيل: بل لناظره بيعه بشرطه. انتهى. وقدمه في «الحاوي الصغير».

الحاشية

عمارتُه أو الصلاةُ فيه، أو ضاقَ بأهلِه، أو كانَ في موضعٍ لا يصلَّى فيه، فللإمامِ بيعُه وصرفُ ثمنه في مثله، أو جزء مثلِهِ، ويُشهدُ عليه أو على وكيله، نصَّ عليه، لكن ظاهرُ كلام[2] «الرعاية الصغرى» أو صريحُه أن ذلك مخصوصٌ بالمسجدِ، وذكر مثلَه فيما وقفَ على سبلِ الخيراتِ، فيمكنُ أن يَكون مرادُ الشيخِ في «المغني» ذلكَ؛ لأنه ذكرَه في المسجدِ، وسكت عن غيره.

واعلم أن كون الذي [3]يلي بيعَه[3] هو الحاكِمُ دونَ الناظرِ، ظاهرٌ من جهةِ النظرِ؛ لأن الناظرَ في عرف الواقفين هو الذي ينظرُ/ في ثمنيتِه، وإصلاحِهِ، وصرفِ ريعِه إلى مستحقِّه، وأمّا البيعُ فليسَ من عرفهم، بل لفظُهم غالباً ظاهرُه المنعُ من ذلك؛ لأنهم يعينُون في شروطِهم عدمَ البيع؛ ولأن في بيعِه بيعٌ على الغائبين، وهم الذين يستحقونه بعدَ انقراضِ ذلك الناظرِ، وليس له كلامٌ عليهم، فيكونُ الأمرُ في ذلكَ، إلى من له كلامٌ في الجملة على الحاضرين، والغائبين وهو الحاكم. إذا تقررَّ أن البيع ليس على الموجودين حالةَ البيع فقط، بل عليهم وعلى غيرهم، ممن يستحقُّ الوقف إلى مالا يتحقق حصرُه، عُلمَ بذلك أن الذين يباعُ عليهم هذا الوقفُ، ليسُوا معينين بأجمعهم، وإذا كان كذلكَ؛ كانَ حكمُه حكمَ الوقف على غير معيَّن، ولا شكَّ أن الوقفَ على غير معيّن إنما يبيعُه الحاكمُ، فكذلك هذا، وقد وقَع في أنفس بعض من نظر في كلامِ المصنف، أنه قد يكونُ وقعَ للمصنفِ وهمٌ كما وقَعَ لي أولاً؛ ولهذا قلتُ: يُتَّبَعُ كلامُ الأشيَاخِ، حتى يوجدَ ما يعْضُدُ كلامَ المصنفِ، ثم ظهر لي أن هذا بعيدٌ جدّاً؛ لأن المسألة في كلامِ الأشياخِ واضحةٌ صريحةٌ، وهي كتب عديدة وهي أصولُ المصنِّفِ في النقلِ، فكيفَ يقالُ: خفيت عنهُ أو غلطَ عليها، بلِ الذي

١٧٥

(١) في (ط): «المنجد».

(٢) ليست في (ق).

(٣-٣) في (ق): «يبيعه».

الفروع ....

التصحيح

والقول الثالث: يليه الحاكم، جزم به الحلواني في «التبصرة»، فقال: وإذاخرب الوقف، ولم يرد شيئاً، أو خرب المسجد وما حوله ولم ينتفع به، فللإمامِ بَيْعُه وصرف ثمنه في مثله. انتهى.

وقدمه المصنف، واختاره الحارثي في «شرحه»، ونصره شيخنا في «حواشيه»، وقواه بأدلة كثيرة، وهو كما قال، ولكن الأولى أن الحاكمَ لا يستبدُّ به دون ناظره الخاص، والله أعلم.

١٦٢ وهذا مما[1] حكمنا بأن المذهبَ/ خلافُ ما قدمه المصنفُ، فعلى المذهب: لو عدم الناظر الخاص، فقيل: يليه الحاكم، وجزم به صاحب «التلخيص» والحارثي، وقدمه في «الرعاية الكبرى» في كتاب البيع، وذكره نص أحمد. وهو ظاهر ما قطع به المصنفُ، وهو الصحيح من المذهب، وقيل: يليه الموقوف عليه مطلقاً، قدمه في «الرعاية الكبرى» في كتاب الوقف، وهو ظاهر ما قطع به الزركشيُّ، وحكاه عن الأصحاب. قلت: وهو ظاهرُ كلام أكثر الأصحاب حيث أطلقوا أن الموقوف عليه يبيعه، كما تقدم، وأطلقهما في «الفائق»، وقيل: يليه الموقوف[2] عليه إن قلنا: يملكه، وإلاّ فلا، اختاره في «الرعايتين»، وجزم به في «الفائق». قلت: ولعله مرادُ من أطلق، أعني: أن محل القول بأنه يليه إذا قلنا: يملكه.

تنبيه: تلخَّصَ لنا مما تقدم طرقٌ فيمن يلي البيعَ؛ لأن الوقفَ لا يخلو، إما أن يكون

الحاشية

يظهرُ أنه حملَ منصوصَ أحمدَ الذي ذكره في «التلخيص» وغيرِه على ظاهرِه وجعلَ ما اختاروه ممَّا خالفَ ظاهرَ النصِّ قولاً. والذي يظهرُ، أنه لم يجد بما قالوه نصّاً عن أحمدَ رحمةُ الله تعالى فلم يحكه روايةً، مع كثرةِ اطِّلاعِهِ وتحريرِه، وإنما حكاهُ قولاً مع أنه كان حاكماً مباشراً لأمورِ الحكامِ، عالماً بما هم عليه، خصوصاً في هذه المسألةِ التي لم تقعْ غالباً إلاّ عند قضاةِ الحنابلةِ، والله أعلم.

(١) ليست في (ط).

(٢) في (ط): «الوقوف».

الفروع ....

التصحيح

على سُبل الخيرات أو لا، فإن كان الوقف عليها، فللأصحاب طريقان:

أحدهما: يليه الحاكم، قولاً واحداً، وهو قول الأكثر.

والثاني: يليه الناظر الخاص، وهي طريقته في «الرعاية الكبرى» في كتاب البيع، وهو ظاهر كلام جماعة كثيرة.

وإن كان على غير[(١)] سُبل الخيرات، ففيه طرق:

أحدها[(٢)]: يليه الناظر، قولاً واحداً، وهي طريقة المجد في «محرره»، والزركشيُّ، وعزاه إلى نص أحمد، واختيار الأصحاب.

الثاني: يليه الموقوف عليه، قولاً واحداً، وهو ظاهر ما قطع به في «الهداية»، و«الفصول»و «عقود ابن البناء»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، وغيرهم.

الثالث: يليه الحاكم، قولاً واحداً، وهي طريقة الحلواني في «التبصرة».

الرابع: يليه الناظرُ الخاصُّ، إن كان، فإن لم يكن، فالحاكم، قولاً واحداً، وهي طريقته في «التلخيص».

الخامس: هل يليه الناظرُ[(٣)] الخاصُّ، وهو المقدَّمُ، أو الموقوفُ عليه؟ فيه وجهان، وهي طريقة الناظم.

السادس: هل يليه الموقوف عليه، وهو المقدم، أو إن قلنا: يملكه، وهو اختيار المختار، أو الناظرُ؟ على ثلاثة أقوال، وهي طريقة «الرعاية الصغرى».

السابع: هل يليه الموقوف عليه، وهو المقدم، أو الناظر؟ فيه وجهان، وهي طريقتُه في «الحاوي الصغير».

الحاشية ....

(١) ليست في (ح).

(٢) في (ص): «أحدهما».

(٣) ليست في (ط).

الفروع

ومصرفه في مثله أو بعض مثله، قاله أحمد، وقاله في «التلخيص» وغيره، كجهته*، واقتصر في «المغني»[١] على ظاهر الخرقي: أو نفع غيره، ونقل أبوداود في الحبيس: أو ينفق ثمنه على الدواب الحبس ويصير حكم المسجد للثاني فقط، وعنه: لا يباع مسجد، فتنقل آلته لمسجد آخر. اختاره أبومحمد الجوزي، وعنه: ولا يباع غيره، واختاره

التصحيح

الثامن: طريقته في «الرعاية الكبرى»، وهي: هل يليه الناظرُ الخاصُّ إن كان، وهو المقدم، أو الحاكم؟ حكاه في كتاب الوقف، فيه قولان، فإن لم يكن ناظرٌ خاصٌّ، فهل يليه الحاكم؟ وهو المقدم في كتاب البيع، وذكره نصَّ أحمد، أو الموقوفُ عليه وهو المقدم في كتاب الوقف؟ أو إن قلنا: يملكه، واختاره، فيه ثلاثة أقوال.

التاسع: هل يليه الحاكمُ مطلقاً، وهو المقدم، أو الموقوف عليه؟ فيه وجهان، وهي طريقة المصنف.

العاشر: يليه الناظرُ الخاص إن كان، فإن لم يكن، فهل يليه الحاكم، أو الموقوف عليه إن قلنا: يملكه؟ على وجهين مطلقين، وهي طريقة صاحب «الفائق».

فهذه اثنتا عشرة طريقة؛ ثنتان[٢] فيما هو على سُبل الخيرات، وعشرٌ في غيرها. وإنَّما أطلت في ذلك لحاجة الناس إليها، وتقديم المصنف شيئاً وإن كان قوياً لكن المذهبَ خلافُه، والله أعلم.

الحاشية

*** قوله: (كجهته[٣])**

أي: إذا تعطلت جهةُ مصْرفِه، صرفَ في جهة مثلهَا، فإذا وقف على الغُزاةِ في مكانٍ، فتعطّلَ الغزوُ في ذلك المكانِ، وصرفَ إلى غيرهم، فإنه يُصرفُ إلى الغزاةِ؛ لأن ذلك مثلُ الجهَةِ الموقوفِ عليها.

---

(١) ٨/ ٢٢٠.

(٢) ليست في (ط).

(٣) في النسخ الخطية: «كجهة»، والمثبت من «الفروع».

الفروع

الشريف، وأبو الخطاب*: لكن ينقل إليه، نقل جعفر فيمن جعل خاناً في السبيل وبنى بجنبه مسجداً فضاقَ، أيزادُ منه في المسجد؟ قال: لا. قيل: فإن تُرِكَ ليس يُنْزَلُ فيه قد عَطِلَ؟ قال: يترك على ما صير له، ولا يجوز نقله مع إمكان عمارته دون الأولى بحسب النماء، قاله في «الفنون»، وأن جماعةً أفْتَوا بخلافه، وغلطهم، وله بَيْعُ بعضِها وصرفُها في عمارته، نص عليه.

ومن وقف على ثغر فاختلَّ، صُرف في ثغرٍ مثله، ذكره الشيخ، ونقل حرب/ فيمن وقف على قنطرة فانحرف الماء: يرصد لعله يرجع. وفي رَفْعِ مسجدٍ أراد أكثرُ أهله رفعَه، وجعل تحت سُفْله سقايةً وحانوتاً وجهان، وجوازُه ظاهرُ كلامه*(م١٥).

٧٥/٢

التصحيح

مسألة ـ ١٥: قوله: (وفي رفعِ مسجدٍ أراد أكثرُ أهلِهِ رفعَه، وجَعْل تحت[1] سفله سقاية وحانوتاً وجهان، وجوازه ظاهر كلامه) انتهى:

أحدهما: يجوز فعل ذلك، وهو ظاهر كلام الإمام أحمدَ، واختاره القاضي، نقله الزركشيُّ في الجهاد، وقدمه في «الرعاية»، فقال: فإن أرادَ أهل مسجدٍ رفعَه عن

الحاشية

* **قوله: (وعنه: لا يباعُ غيرُه، اختاره الشريفُ وأبوالخطاب)**

فعلى هذه الرواية: لا يباعُ وقفٌ.

* **قوله: (وفي رفع[2] مسجد أرادَ أكثرُ أهْلِهِ رفعَهُ، وجعلَ تحتَ سفلِهِ سقايةً وحانُوتاً وجهان، وجوازُهُ ظاهرُ كلامِهِ)**

قال في «المغني»[3]: قال أحمدُ في رواية أبي داود، في مسجدٍ أراد أهلُه رفعَه من الأرضِ، ويُجعلُ تحتَه سقايةٌ وحوانيتَ، فامتنَعَ بعضُهم من ذلك: يُنْظَرُ إلى قولِ أكثرِهم، واختلفَ أصحابُنا في تأويلِ كلامِ أحمدَ، فذهبَ ابن حامدٍ إلى أن هذا في مسجد أراد أهلُهُ إنشاءهُ ابتداءاً، واختلفوا

---

(١) ليست في النسخ الخطية و(ط)، والمثبت من «الفروع».

(٢) ليست في (د).

(٣) ٨/ ٢٢٣.

الفروع

وما فضل عن حاجة مسجد، جاز صرفُه لمثله وفقيرٍ. نص عليه، وعنه: لا، وعنه: بلى لمثله، اختاره شيخنا، وقال أيضاً: وفي سائر المصالح وبناءِ مساكنَ لمستحقِّ رَيْعِه القائم بمصلحته. قال: وإن عُلِمَ أن ريعه يفضل عنه دائماً، وجب صرفُه؛ لأنَّ بقاءَه فسادٌ، وإعطاءه فوق ما قدره الواقف؛ لأن تقديره لا يمنع استحقاقَه، كغير مسجده، وقال: ومثله وقفُ غيره، وكلام غيره معناه، قال: ولا يجوز لغير الناظرِ صرفُ الفاضل.

ويحرمُ غرسُ شجرة في مسجد، وتُقلع. قال أحمد: غرست بغير حق، ظالمٌ غَرس فيما لا يملك. وفي «الإرشاد»[1] و «المبهج»: يكره. وإن وقف

التصحيح

الأرض، وجعلَ سُفْله سقايةً وحوانيت، رُوعي أكثرُهم، نص عليه. انتهى. قال ابن نصر الله في «حواشيه»: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يجوز فعل ذلك، اختاره ابن حامد، وأوَّلَ كلام الإمام أحمدَ، وصححه الشيخ الموفقُ والشارحُ. قال في «الرعاية الكبرى»: وقيل: نص أحمد في مسجد أراد أهله إنشاءه كذلك، وهو أولى. انتهى.

فاختار تأويل كلام الإمام أحمد، وردَّ بعضُ محققي الأصحاب هذا التأويل من وجوه كثيرة، وهو كما قال.

الحاشية

كيف يعملُ، وسمَّاه مسجداً قبْلَ بنائِه؛ لأن مآله إليه، أما بعد كونِهِ مسجداً لا يجوزُ جعلهُ سقايةً ولا حوانيتَ، وذهبَ القاضي إلى ظاهرِ اللفظِ، وهو أنه كان مسجداً فأراد أهلُه رفعَهُ وجعلَ ما تحته سقايةً لحاجتهم إلى ذلك، والأول أصحُّ وأولى وإن خالَفَ الظاهرَ، فإن المسجدَ لا يجوزُ نقلُه وإبدالُهُ، وبيعُ ساحتِهِ وجعلِها سقايةً وحوانيتَ، إلاّ عند تعذُّرِ الانتفاعِ بهِ والحاجةِ إلى سقايةٍ وحوانيتَ لا تُعطّلُ نفعَ المسجدِ، فلا يجوزُ صرفُهُ في ذلك، ولو جازَ جعلُ أسفلِ المسجدِ سقايةً وحوانيتَ لهذهِ الحاجةِ، لجاز تخريبُ المسجدِ وجعلِهِ سقايةً وحوانيتَ، ويجعلُ بدَلَهُ مسجداً آخر.

---

(١) ص ٢٤٢.

الفروع

وهي فيه وعيَّنَ مصرفَها، اتبع، وإلاّ كمنقطع، وذكر جماعة: في مصالحه، وإن فضل، فلجاره أكلُها، نص عليه، قال جماعة: ولغيره، وقيل: للفقير منهم، وقيل: مطلقاً، وإن بنى أو غرس ناظرٌ في وقف، توجه أنه له، إن أشهد، وإلاّ للوَقْف.

ويتوجه في أجنبي: للوقف بنيته. وقال شيخنا: يدُ الواقف ثابتةٌ على المتصل به، ما لم تأت حجةٌ تدفعُ موجبها، كمعرفة كون الغارسِ غرسه بماله بحكم إجارة وإعارة أو غصب(م١٦).

ويدُ المستأجر على المنفعة، فليس له دعوى البناء بلا حجة، ويدُ أهل عَرْصة مشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك، إلاّ مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه وتحليته* بذهب وفضة (وش) وقيل: يكره، (وم).

وللحنفية الكراهةُ والإباحةُ والندبُ، قالوا: ويضمن متولي الوقف، واحتجوا بتذهيب الوليد للكعبة لما بعث إلى واليها خالد القسري. ويحرمُ حفر بئر فيه، ولا تغطى بالمغتسل؛ لأنَّه للموتى، وتطمُّ. نقل ذلك المروذي.

التصحيح

مسألة ـ ١٦: قوله: (وإن بنى أو غرس ناظر في وقف توجه أنه له إن أشهد، وإلاّ للوقف، ويتوجه في أجنبي للوقف[1] بنيته، وقال شيخنا: يدُ الواقف ثابتةٌ على المتصل به ما لم تأت حجةٌ تدفع موجبها، كمعرفة كون الغارس غرسه بماله بحُكْمِ إجارةٍ، أو إعارةٍ، أو غصبٍ). انتهى. قلت: الصواب أن حكمه حكمُ الغاصب مالم يأتِ بحجة تدلُّ على خلاف ذلك.

الحاشية

***** قوله: (وتحليته)**

أي: يحرمُ غرسُ شجرةٍ وتحليته، أي: تحليةُ المسجدِ بذهب وفضة.

---

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

وفي «الرعاية» في إحياء الموات: أن أحمدَ لم يَكره حفرَها فيه، ثم قال: قلت: بلى، إن كُره الوضوءُ فيه. وفي صحة بيع فيه (و) وتحريمه (خ). وعمل صنعة، كخياطةٍ، نفع المسجد أو لا، روايتان(م١٧، ١٩).

التصحيح

مسألة ـ ١٧ ـ ١٩: قوله: (وفي صحة بيع فيه) يعني المسجد (وتحريمه، وعمل صنعة، كخياطة، نفع المسجد أو لا، روايتان)، انتهى. فيه مسائل:

المسألة الأولى ـ ١٧: هل يصح البيع في المسجد أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الآداب الكبرى»، (١وقال في «الرعاية الكبرى»١): وفي صحتهما وجهان، مع التحريم:

إحداهما: لا يصحُّ، قال ابن تميم: ذكر القاضي في موضعِ بطلانَ البيع، قال ابن أبي المجد في كتابه، قبل الخيار في البيع: ويحرم البيع والشراء في المسجد؛ للخبر[٢]، ولا يصحان، في الأصحِّ فيهما. انتهى.

قلت: قواعد المذهب تقتضي عدم الصحة. قال ابن هبيرة: منع الإمام أحمد صحته وجوازه، وهو ظاهر ما قدمه المصنف في آخر الاعتكاف[٣]؛ لأنَّه قدم عدمَ الجواز، ثم قال: وقيل: إن حرم، ففي صحته وجهان. انتهى. وهو طريقة في «الرعاية».

والرواية الثانية: يصحُّ، وهو قويٌّ، جزم به في «المغني»[٤]، و«الشرح»[٥]، و«شرح ابن رزين»، وغيرِهم قُبيل باب السلم، ولكن قطعوا بالكراهة، وصحَّحُوا البيع.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف هنا في الصحة وعدمها، أنه سواءٌ قلنا: يكره أو يحرم، وهذا بعيدٌ جداً على القول بالكراهة، ويحتمل أنه بنى الخلاف على الخلاف في التحريم والكراهة، فإن قلنا: يحرم، لم يصحَّ، وإلاّ صحَّ، وهذا ظاهرُ كلامه في الاعتكاف، فإنه هناك قدم التحريم، ثم قال: وقيل: إن حرم، ففي صحته وجهان. انتهى.

الحاشية

....

(١ ـ ١) ليست في (ح).

(٢) تقدم تخريجه ٥/ ١٩٤.

(٣) ٥/ ١٩٤.

(٤) ٦/ ٣٨٣.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١١/ ٢٠٣.

الفروع ....

التصحيح

ومحلُّ الخلاف عند صاحب «الرعاية»، على القول بالتحريم، وهو الصواب، وهو كالصريح في كلام ابن أبي المجد.

المسألة الثانية ـ ١٨ : هل يحرم البيعُ والشراءُ فيه أم لا؟ أطلق الخلاف :

إحداهما : يحرم، وهو الصحيح، نص عليه في رواية حنبل، وجزم به القاضي وابنه أبوالحسين، وصاحب «الوسيلة»، و«الإفصاح»، والمجد في «شرحه»، والشارح في باب الاعتكاف، وغيرهم. قال ابن هبيرة: منع الإمام أحمد جوازَه، وقدمه في «الرعاية الكبرى»، و«مختصر ابن تميم»، والمصنف في باب الاعتكاف[1]، وهذه من جملة المسائلِ التي قدَّم المصنفُ فيها حكماً في مكانٍ وأطلق الخلافَ في آخرَ.

والروايةُ الثانية : يكره، جزم به في «الفصول»، و«المستوعب»، و«المغني»[2]، و«الشرح»[3] في آخر كتاب البيع، و«شرح ابن رزين». قال الشيخ في «المغني»[2]، قبل كتاب السَّلَم بيسير : ويكره البيعُ والشراءُ في المسجد. وقال في «الرعاية الكبرى» في باب مواضع الصلاة واجتناب النجاسة : يُسَنُّ أن يُصان المسجدُ عن [4]البيع والشراء فيه. نص عليه.

المسألة الثالثة ـ ١٩ : هل يجوز فيه عمل الصنعة كالخياطة ونحوها أم لا يجوز؟ أطلق الخلاف فيه :

إحداهما : لا يحرم. قال في «الرعاية الكبرى» : يُسنُّ أن يصان المسجد عن[4] عملِ صنعة. نص عليه، وإن نفعه[5] صانعها بكنس، أو رَشٍ، أو غيره، ذكره في باب مواضع الصلاة. وقال ابن تميم : ويجنب المسجدُ عملَ الصنعةِ وإن كان الصانعُ يخدمه[6]، قال

الحاشية ....

(١) ٥/ ١٩٤.

(٢) ٦/ ٣٨٣.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١١/ ٢٠٣

(٤ـ٤) ليست في (ط).

(٥) في (ط): «نقصه».

(٦) في (ط): «يحرمه».

الفروع ....

١٦٣ في «الآداب»: ويُسَنُّ أن يُصان/ المسجدُ عن كلِّ عملِ صنعةٍ. نص عليه. وقال في «المستوعب» وغيره: سواءٌ كان الصانعُ يراعي المسجدَ بكنسٍ، أو رشٍّ، ونحوه، أو لم يكن. انتهى. قال حرب: سئل الإمام أحمدُ عن العمل في المسجد، نحوَ الخياطةِ وغيره، فكأنه كرهه؛ ليس بذلك التشديد. وقال المروذي: سألته عن الرجل يكتب بالأجرة فيه؟ قال: أمّا الخياطُ وشبهه فلا يُعجبني، إنما بُني لذكر اللهِ تعالى. وقال في رواية الأثرم: ما يُعجبني مثل الخياط، والإسكاف، وشبهه، وسَهَّلَ في الكتابة. قال الحارثي: خَصَّ الكتابةَ؛ لأنه نوعُ تحصيل علم، فهي في معنى الدراسة، وهذا يُوجب التقييد بما لا يكون تكسباً، وإليه أشار بقوله: فليس ذلك كلَّ يومٍ. انتهى. وظاهر ما نقل الأثرم التسهيل في الكتابة مطلقاً. انتهى. قلت: الصواب عدم التحريم والله أعلم، [1]وقد قطعَ المصنِّفُ في باب الاعتكافِ[2] أنه لايجوزُ للمعتكف أن يتكسَّبَ بالصنعة[1] في المسجد وإن احتاج الخياطة للبسه في الصحيح الجواز، وظاهر كلام المصنف هناك إطلاق الخلاف، وقد ذكرته.

التصحيح

والرواية الثانية: يحرم، وهو ظاهر ما اختاره ابن بطة. قال صالح لأبيه: تكره الخياطين في المساجد؟ قال: إي لعمري شديداً. وكذا روى ابن منصور، قال في «الآداب»: وهذا يقتضي التحريم، ورواية حرب الكراهة، فهاتان روايتان، وذكر ابن عقيل أنه يكره في المساجد العمل والصنائع كالخياطة، والخرز، والحلج، والتجارة[3] وما شاكل ذلك إذا كثر، ولا يكره إذا قلَّ، كرقع ثوبه وخصف نعله. انتهى. قلت: هو أعدل الأقوال، والله أعلم.

الحاشية ....

(١ـ١) جاءت هذه الفقرة في (ط) بعد قوله: «وظاهر ما نقل الأثرم».

(٢) ٥/ ١٩٥ .

(٣) في (ط): «النجارة».

الفروع

وتحريمِ إقامة حدٍّ فيه وجهان، وكره أحمد(م٢٠).

واتخاذه طريقاً، ووضع النعش فيه، لا النسخ، وأومئ إذا لم يتكسَّب به، وقاله بعضهم، ويتوجه مثله: تعليم الكتابة فيه[1] بلا ضرر له، وفي «النوادر»: لا يجوز.

وأفتى في «الفنون» بإخراجهم، واستثنى فقيهاً يدري ما يصان عنه فقيراً*، قال: وقد قال النبي ﷺ: «لا يبقى في المسجد خوخة إلاّ سدت إلاّ

التصحيح

مسألة ـ ٢٠: قوله: (و)[2] تحريم إقامة حد فيه وجهان، وكرهه أحمد) انتهى

نقل حنبل: لا أحبُّ أن يضرب فيه الحدُّ ولا يقام حدٌّ، لعله يكون منه شيءٌ. انتهى.

قال ابن تميم قبيل صلاة المريض: ولا يجوز أن يقام في المسجد حدٌّ، وقال في «الرعاية الكبرى» في باب مواضع الصلاة: ويسنُّ أن يصان عن إقامةِ حدٍّ فيه، وكذا قال في «الصغرى»، وقال في «الحاوي الكبير»: ويُجَنَّبُ المسجدُ إقامةَ الحدود، وكذا قال في «المستوعب»، وقال في «المقنع»[3] في كتاب الحدود: ولا تقام الحدودُ في المساجد، وكذا قال في «المحرر»، و«الوجيز»، و«المنور»، وغيرهم، وذكر ابن عقيل في «الفصول»: أنه لا تجوز إقامةُ الحدود في المساجد، وقد قال في رواية ابن منصور: لا تقام الحدودُ في المساجد. انتهى.

قلت: الصوابُ التحريمُ؛ للنهي عن ذلك[4]، والله أعلم.

فهذه عشرون مسألة في هذا الباب.

الحاشية

* **قوله: (فقيراً)**

أي: يعجزُ عن أجرةِ حانوتٍ.

---

(١) ليست في (ط).

(٢) بعدها في النسخ الخطية و(ط): «في»، والمثبت من «الفروع».

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٨٣/٢٦.

(٤) في أحاديث كثيرة منها: ما أخرجه الترمذي (١٤٠١)، وابن ماجه (٢٥٩٩)، عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد».

الفروع خوخة أبي بكر»[١]. وإنما خصَّه لسابقته، وتقدم هذا المعنى. وقالت عائشةُ: أسلمت امرأةٌ سوداءُ لبعض العرب، وكان لها حِفْشٌ في المسجد، أي: بيتٌ صغيرٌ، وكانت تأتينا فتحدث عندنا، رواه البخاري[٢].

نقل حنبل: لا أحب أن يضرب فيه أحد ولا يقام[٣] حدٌّ، لعله يكون منه شيء، ومنع شيخنا اتخاذه طريقاً، قال: والاتخاذُ والاستئجارُ، كبيع وشراءٍ وقعودِ صانعٍ، وفاعل فيه لمن يكتريه*[٤]، وكبضاعة لمشتر لا يجوز.

قال عبد اللّه: سألت أبي عن الرجل يخيط في المسجد، قال: لا ينبغي له أن يتخذ المسجد معاشاً، ولا مقيلاً، ولا مبيتاً، وإنما بنيت المساجدُ لذكر اللّه والصلاة. وسأله أبوطالب عن المسجد يكون في طريقٍ قريب منه أمُرُّ فيه؟ قال: لا يتخذُ طريقاً، مثل أهلِ الكوفة يمرون فيه، قلت: فإن كان يوم مطر يُمَرُّ فيه؟ قال: إذا كان ضرورةً يضطر إليه مثل المطر نعم، ويكره فيه كثرة حديث لاغ (و) ودنيا. ونقل حنبل: مسجدُه ﷺ خاصَّة لا يُنشدُ فيه شعرٌ ولا يُمَرُّ فيه بلحم؛ كرامة للنبي ﷺ، ولا أرى لرجلٍ إذا دخل المسجدَ إلاّ أن يلزم نفسه الذكرَ والتسبيحَ، فإن المساجدَ إنما بنيت لذكر اللّه والصلاة، ويُكره رفعُ صوت (و) بغير علم ونحوه (م)، ولو احتيج إليه (هـ)، ونومُ غير مُعتَكف، ونصه: وما لا يستدام كمريض وضيف ومجتاز، وعنه: منع

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (وقعودِ صانعٍ وفاعِل فيه لمنْ يكْتَريه)

أي: الصانعُ والفاعلُ لا يقعدُ في المسجدِ لأجلِ انتظارِ من يأتي إليهِ يستأجره.

(١) أخرجه البخاري (٣٩٠٤)، من حديث أبي سعيد الخدري بلفظ: «لا يَبْقَيَنَّ في المسجد خَوخَةٌ إلا خوخةُ أبي بكر».

(٢) في صحيحه (٣٨٣٥).

(٣) بعدها في (ط): «فيه».

(٤) في (ط): «يكثر به».

الفروع

مستدام، وعنه: يجوز (وش)، وعنه: يكره مقيلاً ومبيتاً، ومنعهما شيخنا لغنيٍّ، وفي «المبسوط» للحنفية: يكره إلاّ لمعتكف، وفي «المحيط»: للحاجة إلى حفظ متاع المسجد، ويباح أن تُغْلَقَ أبوابُه؛ لئلا يدخلَه من يُكره دخولُه إليه، نص عليه. وهو من أغلق الباب فهو مغلقٌ، وغلق فهو مغلوقٌ، لغةٌ رديئةٌ.

وكَرِهه الحنفيةُ، واختار مشايخُهم كقولنا، ونص أحمد، قال أحمد: يُخرج المعبِّرُ لا القصَّاص، وقال: يعجبني قاصٌّ إذا كان صدوقاً، ما أحوج الناس إليه!. ونقل حنبل: أمّا هؤلاء الذي أحدثوا من وَضْعِ الأخبار فلا أراه، ولو قلت: إنه يسمعُهم الجاهلُ فلعله يَنتفعُ، وكَرِه منعَهم.

ونقل ابن هانئ: ما أنفعهم للعامَّة، وإن كان عامَّةُ حديثهم كذباً. وقال إبراهيم الحربي: حدثني شجاع بن مخلد قال: لقيني بشر بن الحارث وأنا أريد مجلس منصور بن عمار، فقال لي: وأنت أيضاً يا شجاع! ارجع، فرجعت، قال إبراهيم: لو كان في هذا خير لسبق إليه الثوريُّ ووكيعٌ وأحمدُ وبشرٌ.

وفي «الغنية» قبل صلاة الجمعةِ: لا يستحبُّ له حضورُ القاصِّ؛ لأنَّ القصصَ بدعةٌ، وكان ابنُ عمر وغيرُه من الصحابة يخرجونهم من الجامع[1]، إلاّ أن يكون من أهل المعرفةِ واليقينِ، فحضور مجلسه أفضل

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) أخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٨/ ٧٤٧) أن رجلاً قاصّاً جلس في مجلس ابن عمر، فقال له: قم من مجلسنا، فأبى أن يقوم، فأرسل ابن عمر إلى صاحب الشرط: أقم القاص، فبعث إليه، فأقامه.

الفروع من صلاته. فأمّا قراءتُهم للتوراة ونحوها، فنقل ابن هانئ أنه سئل عنه فقال[١]: هذه مسألة مسلم!؟ وغضب، وظاهره الإنكارُ، وحرَّمه ابن بطة والقاضي، وذكر أن[٢] ابن هُرْمُز من أصحابنا كان يفعله، فأنكر عليه ابن بطةَ.

ومن جعل سُفْل بيته مسجداً، انتفع بسطحه، ونقل حنبل[٣]: لا، وأنه لو جعل السطح مسجداً انتفع بأسفله، لأن السطحَ لا يحتاج إلى أسفل.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) في (ط): «قال».
(٢) ليست في «ر».
(٣) في (ر): «حرب».

الفروع

باب الهبة

وهي تبرُّعُ الحيِّ بما يُعَدُّ هبةً عُرْفاً، وفي «المستوعب» و«المغني»[(١)] في الصداق: لا تصح إلاّ بلفظ الهبة، والعفو، والتمليك*، وفي «الرعاية» في عفو وجهان.

وفي «المذهب»: ألفاظها: وهبت وأعطيت، وملكت، وفي «الانتصار»: أطعمتكه كوهبتكه، وكان ﷺ يَقبل الهديةَ ويثيب عليها[(٢)]. وفي «الغنية»: يكره ردُّ الهدية، وإن قَلَّت. ويكافئه أو يدعو له، ويتوجه: إن لم يجد، دعا له، كما رواه أحمد وغيره، ولأحمد[(٣)]، من حديث ابن مسعود: «لا تردُّوا الهديةَ».

التصحيح

....

الحاشية

مسألة ـ تجهيزِ الرجل ابنتَه هل يكونُ ذلك هبةً تقدمَت في البيعِ عند بيعِ المعاطَاةِ[(٤)].

* قوله: (لا تصحُّ إلاّ بلفظِ الهبةِ والعفو والتمليك) إلى آخره .

قال في «الرعاية» في كتاب الصداق: ويسقطُ الدَّين بلا قبولٍ في الأصحِّ، بوهبتُ، وملكتُ وأسقطتُ، وأبرأت، وعفوت، وتركتُ، وتملكُ العينُ بوهبتُ، وملكتُ، وفي عفوتُ، وقيل: وأبرأت، وقيل: فيهمَا والعينُ بيدِ المتَّهِب، واعتبارُ القبولِ مطلقاً والقبضُ لما بيدِ الواهبِ متميزاً، ومضيُ مدةٍ يمكنُ فيها قبضُ ما في يدِ المتَّهِبِ، وجهانِ، وظاهر «المغني»[(١)] و«الشرح»[(٥)] صحةُ ما بيدِ المتَّهِبِ بلفظِ الإبراءِ والإسقاطِ وهو أحد الأقوالِ التي ذكرها في «الرعاية».

فائدة: قال المصنِّفُ في «الآداب»: قال ابنُ الجوزي من أخذ ممن يعلمُ أنهُ أعطاهُ حياءً: لم يجز له الأخذُ، ويجب ردُّهُ إلى صاحبِه قال المصنِّفُ: ولم أجد من صرَّحَ بذَلِك غيرَهُ، وهو قولٌ حسَنٌ؛ لأن المقاصِدَ عندنا في العقودِ معتبرةٌ، انتهى.

---

(١) ١٠/١٦٤.

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٨٥)، من حديث عائشة.

(٣) في «مسنده» (٣٨٣٨)، من حديث عبد الله بن مسعود.

(٤) ٦/١٢٣.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/٢٨ـ٢٩.

الفروع

وحكى أحمد في رواية مثنى عن وهب قال: ترك المكافأة من التطفيف، وقاله مقاتل، وكذا اختار شيخنا في رد الرافضي أن من العدل الواجب مكافأةُ من له يدٌ أو نعمةٌ ليجزيه بها، وظاهر كلامهم: تقبل هدية المسلم والكافر، وذكروه في الغنيمة.

ونقل ابن منصور في المشرك أليس يقال: إن النبي ﷺ رَدَّ وقَبِل؟ وقد رواهما أحمد[1]/ وقال ابن الجوزي: فيها ثلاثة أقوال[2]: ٧٦/٢

أحدها: أن أخبار[3] القبول أثبتُ.

والثاني: أنها ناسخة.

والثالث: قَبِل من أهل الكتاب، وقبوله من أهل الشرك ضعيف أو منسوخ.

وقيل: الهبة تقتضي عوضاً، وقيل: مع عُرف، فلو أعطاه ليعاوضه أو ليقضي له حاجة فلم يف، فكالشرط، واختاره شيخنا.

وإن شرطه معلوماً، صحَّت، كعارية*.

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (وإن شرطَهُ معلوماً، صحَّت كعاريَّةٍ) إلى آخره.

قال في «الفائق»: ولو شرطه معلُوماً، صحَّ، فيكونُ بيعاً، على أصحِّ الروايتين، ولو شرطه[4] مجهولاً، فبيعٌ فاسدٌ، وعنهُ صحيحٌ فيرضِيه. نصَّ عليه، وقيل: بقيمتها، والأرجحُ فيها أو في قيمتِها مع التلف يومَهُ، ولو اختلفَا في الثواب قبلَ قولِ المتَّهِبِ في أحدِ الوجهين، ظاهرُ كلامِ المصنِّف، أن التقديرَ صحت بذلك الثواب الذي شرطه، وقيل: يصح بقيمتها. وعلى هذا التقدير يلغُو الثوابُ

---

(١) في مسنده (٨٧١٤)، عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: أنّه كان يَقبل الهديةَ، ولا يَقْبَل الصدقة.

(٢) في (ر) و(ط): «أوجه».

(٣) في (ط): «اختيار».

(٤) في (ق): «شرط».

الفروع

وقيل: بقيمتها بيعاً*، وعنه: هبةً، وقيل: لا يصحُّ، كنَفْيِ ثمنٍ*، وكمجهولٍ، وعنه: يصحُّ فيه، ذكره شيخنا، ظاهر المذهب، ويرضيه، فإن لم يرض، ردَّها بزيادةٍ ونقصٍ، نص عليه، فإن تلفت، فقيمتُها يومَه، ولا يجوز أن يكافئه بالشكر والثناء، نص عليه، فإن ادعى ربُّها شَرْطَ العِوَضِ أو البَيْعِ فأنكره، فوجهان(م١).

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (فإن ادعى ربها شرط العوض أو البيع فأنكره[1]، فوجهان) انتهى.

قال في «الرعاية الكبرى»: وإن ادعى الواهبُ أنه شَرَطَ العوضَ، فأنكره المتهبُ، أو قال: وهبتني ما بيدي، فقال: بل بعتكه، فأيهما يُصَدَّقُ إذا حَلَفَ؟ فيه وجهان. قلت: الهبة من الآدمي[2] تقتضي عوضاً هو القيمة إذا قَبِله، فإن مات، رجع إن شاء. انتهى.

الحاشية

المذكورُ ويرجعُ إلى قيمتها، وهذا فيما يظهرُ بعيدٌ جدّاً؛ لأن فيه إلغاء العوضِ المذكورِ مع كونِه معلوماً، والرجوع إلى القيمةِ التي لم تذكر من غيرِ موجب. وظاهرُ ما في «الفائق» أن هذا القولَ في الثوابِ المجهولِ، لأنه قال: ولو شرطَه مجهولاً، فبيعٌ فاسدٌ، وعنه صحيحٌ فيرضيه، نصَّ عليه، وقيل: بقيمَتِها، أي: وقيل: يُرْضِيه بقيمَتها، وهذا ظاهرٌ؛ لأنَّ العوضَ مجهولٌ فيَرْجِعُ إلى قيمتِها؛ لعدَمِ ضبطِ العوضِ المذكورِ فالرجوعُ إلى القيمةِ فيه ضبطٌ.

* **قوله: (بيعاً)**

أي: يكونُ حُكمُها حكمَ البيعِ من ثبوت الخيار والشفعة ونحو ذلك من أحكامِ البيعِ.

* **قوله: (كنَفْيِ الثمنِ)**

مرادُه والله أعلم: كما لو قال: بعْتُكَ هذا بلا ثمنٍ، والجامع بينهما أنَّ الثمنَ من[3] مقتضى البيعِ، وعدمُ العوضِ من مقتضى الهبةِ، ونفيُ الثمنِ في البيع[4] مفسدٌ، فكذلكَ ذكْرُ العوضِ في الهبةِ.

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) في (ط): «الأدنى».

(٣) ليست في (ق).

(٤) في (ق): «المبيع».

الفروع

وتصحُّ هبة جائز بيعه خاصة، نص عليه، قال أحمد: ما جاز بيعُه جاز فيه الصدقةُ، والهبةُ، والرهنُ، وقال أحمد: إذا وقف أو وصَّى بأرض مُشاعة احتاج أن يَحدَّها كلَّها، وكذا البيعُ والصدقةُ هو عندي واحدٌ.

وهبةُ مجهول تعذر علمُه كصلح*، وقال في «الكافي»[1]: وكلبٍ ونجاسةيباح نفعُها. نقل حنبل فيمن أهدى إلى رجل كَلْبَ صيد: ترى له أن يثيب عليه؟ قال: هذا خلافُ الثمن، هذا عوض من شيء، فأمّا الثمنُ فلا، وقيل: وجلد ميتة، وقيل: ومجهول عند متَّهب، وغير مقدور، كوصية.

ويتوجه منه[2] هبة معدوم وغيره*. ونقل ابن أبي عبدة: سئل عن الصدقة بثلث دار غائبة على رجل مُشاعة، وحدَّ الدار وهي معروفةٌ، قال: جائز، ليس كما يقول هولاء: لا يجوز حتى يعرف الدار. ونقل حرب: إذا قال: ثلث ضيعتي لفلان بلا قسمة، جاز إذا كانت تُعرف، لا معلقة بشرط غير الموت، ولا مؤقتةً، خلافاً للحارثي فيهما، إلاّ في العُمْرَى، كقوله:

التصحيح

وقطع في «الكافي»[3] بأن القولَ قولُ المنكر في المسألة الأولى. قلت: الصوابُ أنه لا يقبل قول واحد منهما على الآخر في المسألة الأخيرة، فلا يصحُّ البيعُ ولا الهبةُ هذا ما يظهر، والقولُ قولُ المنكر في المسألة الأولى، كما قال في «الكافي»[3]، وقدمه الحارثي في «شرحه»، وصححه، وقال: حكاه في «الكافي»[3] وغير واحد.

الحاشية

* قوله: (وهبةُ مجهولٍ تعذرَ علمُه كصُلْحٍ)

ظاهره: أن المجهولَ الذي تصحُّ هبتُه لا فَرق فيه بين العينِ والدَّينِ، كما ذكروهُ في الصلحِ.

* قوله: (ويتوجَّهُ منه هبةُ معدومٍ وغيره)

لعلَّهُ أرادَ ما قاله صاحبُ «الرعاية»: ولا ما لا يتِمُّ مِلْكُهُ، له كقفيز اشْتَراهُ من صُبْرَة ولم يقبضه.

---

(١) ٣/٥٩٦.

(٢) ليست في الأصل.

(٣) ٣/٥٩٩.

الفروع

أعمرتك، أو أعطيتك، أو جعلته لك عمرك، أو عمري، أو ما بقيت، أو حياتك، فيصحُّ، ويصير للمعمر ولورثته بعده، كتصريحه[١]. ونقل يعقوب وابن هانئ: من يُعْمِر الجارية أيطأ؟ قال: لا أراه، وحمله القاضي على الورع؛ لأن بعضَهم جعلها تمليكَ المنافعِ. وروى سعيد: حدثنا هشيمٌ، حدثنا حميدٌ، حدثنا الحسنُ: أن رجلاً أعمر فرساً حياته، فخاصمه بعد ذلك إلى النبي ﷺ فقال ﷺ: «من ملك شيئاً حياته، فهو لورثته بعده»[٢]. والإنسانُ إنما يملك الشيء عمره فقد وَقَّتَه بما هو مؤقتٌ به في الحقيقة، فصار كالمطلق، قال في «المغني»[٣]: والنهيُ إذا كان صحَّةُ المنهيِّ عنه ضرراً على مرتكبه، لم تمنع صحَّته، كطلاق الحائضِ، وصحة العُمرى ضررٌ؛ لزوال ملكه بلا عوَضٍ.

وإن شرط رُجوعَه إليه إن مات قَبْله، أو إلى غيره، فهي[٤] الرقبَى، أو رُجوعَه مطلقاً إليه أو إلى ورثته، فسد الشرطُ، ذكره الشيخ ظاهرَ المذهب، وعنه: صحته كالعقد، على الأصحِّ، قال أحمد: حديث النبي ﷺ: «العمرى والرقبى لمن وهبت له»[٥]. والحديث الآخر: «من ملك شيئاً حياته، فلورثته بعد موته». نقله أحمد، والترمذي[٦]. وسكناه أو غلَّتُه أو خدْمتُه لك أو منحتُكَه عاريةٌ، نقله الجماعة.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) في (ر): «التصريحه».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» ٩/ ١٨٧، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١٧٥.

(٣) ٨/ ٨٢. وفي (ر): «المبهج».

(٤) في الأصل و(ط): «فهو».

(٥) أخرجه البخاري (٢٦٢٥)، ومسلم (١٦٢٥) (٢٥)، من حديث جابر بن عبد الله.

(٦) لم أقف عليه عند أحمد والترمذي، وقد أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» ٩/ ١٨٧، وابن أبي شيبة في «مصنفه» ٧/ ١٤١.

الفروع

ونقل أبوطالب: إذا قال: هو وَقْفٌ على فلانٍ، فإذا مات، فلولدي، أو لفلانٍ، فكما [لو] قال: إذامات، فهو لولده، أو لمن أوصى له الواقفُ، ليس يملك منه شيئاً، إنما هو لمن وقفه يضعُه حيث شاء، مثل السكنى، والسكنى متى شاء، رجع فيه، ونقل حنبل في الرقبى والوقف: إذا مات، فهو لورثته، بخلاف السكنى. ونقل: العمرى والرقبى والوقفُ معنىً واحدٌ إذا لم يكن منه شرطٌ، لم يرجع إلى ورثة المعمَر، وإن شرط في وقفه أنه له حياته، رَجَع*، وإن جعله له حياته وبعد موته، فهو لورثة الذي أعمره، وإلاّ رجع إلى ورثة الأول، وتقدم إذا وقَّت(1) الوقف.

وتصحُّ بالعقد، وهل يملكها به؟ فيه وجهان، وفي «الانتصار» روايتان(م٢)، وعليها يُخرَّج النماءُ، وذكره جماعة إن اتصل القبضُ، ويلزم

التصحيح

مسألة ـ ٢: قوله: (وتصح بالعقد، وهل يملكها به؟ فيه وجهان، وفي «الانتصار») في نقل الملك بعقد فاسد، (روايتان) انتهى:

أحدهما: يملكها به، وهو الصحيحُ، اختاره الشيخ الموفق ومن تابعه، قال في «التلخيص»: وليس القبضُ بركنٍ فيها، واختاره أبوالخطاب في موضع من «الانتصار». (٢قال في «القواعد»: كثيرٌ من الأصحاب يجعلُ القبضَ مُعتبَراً للزومها واستمرارها، لا لانعقادها وإنشائها، وممن صرَّح بذلك صاحب «المغني»، وأبوالخطاب في «انتصاره»، وصاحب «التلخيص»، وغيرهم. انتهى٢).

الحاشية

* **قوله: (وإن شرَطَ في وقفه أنه لَهُ حياتَهُ، رجعَ)**

الذي يظهر أنَّ معناهُ: رجعَ الوقفُ المذكور عنه بعد حياته؛ بدليل قوله بعدَ ذلك: وإلا رجعَ إلى ورَثة الأول، فظهر أن فاعِلَ: رجع، ضمير يعودُ إلى الوقفِ، لا إلى الواقفِ، ومرادُه بذلكَ أنه ليس كالعُمْرِى، فإنَّه إذا قال: أعَمرْتُكها حَيَاتَكَ/ فإنها بَعْدَ حَيَاته تَرْجعُ إلى ورثَته لا إلى ورثةِ الأوَّلِ. ١٧٦

---

(١) في (ط): «وقف».

(٢ ـ ٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

بقبضها بإذن واهب، وعنه: متميز بالعقد، واختاره الأكثر، وقال ابن عقيل: هو المذهبُ ويُعتبرُ إذنُ واهب فيه، وفي «الترغيب»: في صحة قبضه بلا إذنه روايتان.

ويلزم في كل ما بيد مُتَّهب بالعقد، وعنه: يعتبر مضيُّ زمنٍ يتأتى قبضُها فيه، وعنه: وإذنه فيه[١]، ويصحُّ رجوعُه في إذنه، أو فيها قبل قبضها، وعنه: لا، ويبطل إذنُه بموت أحدهما، ووارثُ واهب يقوم مَقامَه، وقيل: يبطلُ العقدُ، كمتَّهب، في الأصحِّ، ويقبض أبٌ لطفلٍ من نفسه.

والأصحُّ: لا يحتاج قَبُولاً، وفي قبض وليٍّ غيره من نفسه روايتا شرائه وبيعه له من نفسه. وقال في «المجرد»: يعتبر لقبض المشاع إذنُ الشريك فيه*،

التصحيح

والوجه الثاني: لا يملكها بمجرد العقدِ، بل يتوقف الملكُ على القبض، قدمه في «الرعايتين» و«النظم»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم، وقطع به في «المحرر». قال في «الكافي»[٢]: لا يثبت الملكُ للموهوب له في المكيل والموزون إلاّ بقبضه، وفيما عداه روايتان. وقال المجد في «شرحه»: مذهبنا أن الملكَ في الموهوب لا يثبتُ بدون القبض، وفرع عليه إذا دخل وقتُ الغروب من ليلة الفطر والعبدُ موهوبٌ لم يقبض ثم قبض، وقلنا: يعتبر في هبته القبضُ ففطرته على الواهب، وكذا صرح ابن عقيل: أن القبض ركنٌ من أركان الهبة، كالإيجاب في غيرها، وكلام الخرقي يدل عليه، قاله في القاعدة التاسعة والأربعين. وقيل: يقع الملكُ مراعًى، فإن وجد القبض، تبيَّنا أنه كان

الحاشية

* **قوله: (قال في «المجرَّد»: يُعْتَبَر لقبض المُشَاع إذْنُ الشَّريك فيه)** إلى آخره.

قال في «المغني»[٣] في باب الوقف في كلامه على الهبةِ: والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينَهُ وبينَهُ، لا حائلَ دونَهُ، وفيما يُنْقَل بالنَّقْلِ، وفي المشاعِ بتَسْليمِ الكُلِّ إلَيْهِ، فإنْ أبى الشَّريكُ أنْ يُسْلِمَ نَصِيبَهُ قيلَ للمُتهبِ: وكِّل الشَّريكَ في قَبْضِهِ لك ونَقْلِهِ، فإن أبى، نَصَّبَ الحاكِمُ مَنْ يكون في يَدِهِ لهما

(١) ليست في الأصل.
(٢) ٣/ ٥٩٧.
(٣) ٨/ ٢٤٧.

الفروع فيكون نصفُه مقبوضاً تملكاً، ونصفُ الشريك أمانةً. قال في «الفنون»: بل عاريةٌ يضمنه(م٣).

فصل

يجب التعديلُ في عطية أولاده، وقيل: لصلبه، وذكر الحارثي: لا ولد بنيه وبناته، وعنه: لا في نفقة، كشيء تافه، نص عليه، وقال أبويعلى

التصحيح للموهوب بقَبُوله، وإلاّ فهو للواهب، وحكى عن ابن حامد وفرَّعَ عليه حُكْم الفطرة.

مسألة ـ ٣: قوله: (قال في «المجرد»: يعتبر لقبض المشاع إذنُ الشريكِ فيه، فيكون نصفُه مقبوضاً تملكاً، ونصفُ الشريك أمانةً. قال في «الفنون»[١]: بل عارية يضمنه) انتهى. ما قاله في «المجرد» قطع به في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، وقال في القاعدة الثالثة والأربعين: في «المجرد»و «الفصول»: يكون نصفُ الشريك وديعة عنده، فزاد على المصنف ابنُ عقيل في «الفصول». قلت: وهو الصواب إن لم يستعمله، ويشكل على هذا قولُ الأصحاب: إنه لا يقبضه، إلا بإذن الشريكِ، فإن كان مرادُهم هنا ذلك، فيقوى كونه أمانةً؛ (٢لأنه قبضه بإذنه فهو أمانةٌ٢)، وإن كان مرادُهم حيث قبضه، (٢أعني: بعد الشركة، أو يكون انتقل إليهما معاً بإرثٍ أو غيره ثم أخذه أحدهما من غير إذنٍ٢)، فيقوى الضمان، حيث لم يأذن له، والله أعلم.

الحاشية فَيَنْقُلُه لِيحصُلَ القَبضُ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على الشَّريكِ في ذلك ويَتمُّ به عقدُ شَريكِهِ. وفي «الرعاية»: ومن اتَّهبَ مُبْهَماً أو مُشاعاً من منقول أو غيرِهِ فأذنَ له شَريكُهُ في القبض كان سهمُهُ أمانةً مع المتَّهِبِ، أو يُوكِّلَ المتَّهِبُ شَريكَهُ في قَبضِ سَهْمه منه ويكونُ بيَده أمانةً. وإن تَنَازَعا، قبضَ لهما وكيلُهُما أو أمينُ الحَاكِمِ، وقد ذكَرَ المُصَنِّفُ في آخر العَارِيَّةِ[٣] ما يتعلَّقُ بحصة الشَّريكِ، فلينظر هناك فقد أشبعنَا الكلامَ عليهِ.

---

(١) في النسخ الخطية: «الفصول»، والمثبت من «الفروع».

(٢ـ٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨.

الفروع

الصغير: كشيءٍ يسير، وعنه: بلى مع تساوي فقر أو غنىً بقَدْر إرثهم منه*، وفي «شرح القاضي»: هذا مستحبٌّ، كتسوية في وجه بين أبٍ وأمٍّ، وأخٍ وأختٍ، ذكره في «الواضح»، وعنه: المستحبُّ ذكرٌ كأنثى، كنفقة. واختاره في «الفنون». قال أحمد في رواية أبي طالب: لا ينبغي أن يُفَضِّل أحداً من ولده في طعامٍ وغيرِه، وكان يقال: يَعدل بينهم في القُبَل، فدخل فيه نظرُ وقف، واحتجَّ به الحارثي على وجوبه مع وجوب النفقة لبعضهم، والأصحُّ هنا: لا، ومثلُهم بقيةُ أقاربه، نص عليه. واختاره الأكثرُ، خلافاً للشيخ وغيره، وزعم الحارثي أنه المذهبُ، وأنه عليه المتقدمون، كالخرقي، وأبي بكر، وابن أبي موسى، وهو سَهْوٌ. قال الشيخ في تعليل قوله: لا يمكنه التسويةُ بالرجوع، وقال عن القول الأول: إن خالف، فعليه أن يرجع أو يعمَّهم بالنِّحْلَة. ونقل حرب في ذميٍّ نَحَلَ بعض ولده فمات المنحولُ وترك ابناً له، كيف حاله في هذا المال؟ قال: لا بأس به؛ لأن هذا كان في الشرك.

وإن خص بعضهم أو فضله وقيل: لغير معنى فيه سَوَّى برجوع، لم يذكر أحمدُ غيرَه في رواية الخرقي وأبي بكر، والأشهر: وكذا بإعطاء، ونص عليه، وعنه: لا في مرضه، ونقل الميموني وغيره: لا ينفذ، وقال أبوالفرج وغيره: يؤمر برده، وإن مات قبله، تبينا لزومه، ذكره القاضي وغيره، وعنه: لورثته الرجوعُ، اختاره ابن بطةَ، وأبوحفصٍ، وشيخُنا. وحكى عنه بطلانها، اختاره الحارثي، وقال أبويعلى الصغير: قولهم لو حرم لفسد، والتحريم

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (بقَدْرِ إرْثِهِم منه)

ظاهرُه: أن هذا الحُكْمَ مَخْصُوصٌ بالوارِثينِ وأن مَنْ ليس بِوَارِثٍ لا يَجِبُ في حقِّه، والقاضي عزُّ الدين في «منظومَتِهِ» في المفرداتِ خصصَ الحكمَ بالوارِث، وهذا ظاهرٌ، والله أعلم.

الفروع يقتضي الفساد في رواية لا في أخرى؛ بدليل قوله في الصلاة في دار غصب، فدل أنه على الخلاف، وذكر ابن عقيل في الصحة روايتين، وله التخصيص بإذن، ذكره الحارثي، وله تملكه بلا حيلة، قدمه الحارثي، ونقل ابن هانئ: لا يعجبني أن يأكل منه شيئاً.

ولا يكره قسم حي ماله بين أولاده، نقله الأكثر، وعنه: بلى، ونقل ابن الحكم: لا يعجبني، فإن حَدَث ولدٌ سوَّى ندباً، قدمه بعضهم، وقيل: وجوباً، قال أحمد: أعجب إليَّ أن يسوي، اقتصر عليه في «المغني»[(١)]، وتستحبُّ التسوية، ذكرٌ/ كأنثى في وقف. ونقل ابن الحكم: لا بأس، قيل: فإن فضل؟ قال: لا يعجبني على وجه الأثرة إلاّ لعيال بقَدْرِهم، وقيل: بل كهبة، وقيل: وبمنعها، واختاره في «الانتصار»، والحارثي. ٢/ ٧٧

ولو وقف ثلثه في مرضه على الوارث أو وصَّى بوقفه[(٢)]، فعنه: كهبة، فيصح بالإجازة[(٣)]، وعنه: لا، إن قيل: هبة*، وعنه: تلزم في ثلثه، وهي أشهر[(م٤)]، فعليها لو سوَّى بين ابنه وبنته في دار لا يملك غيرَها، فردّا، فثلثُها

التصحيح **مسألة ـ ٤**: قوله: (ولو وقف ثلثه في مرضه على الوارث أو وصَّى بوقفه، فعنه: كهبة فيصح بالإجازة، وعنه: لا، إن قيل: هبة، وعنه: تلزم في ثلثه، وهي أشهر). انتهى.

الرواية الثالثة: هي الصحيحة من المذهب، قال المصنف هنا: (هي أشهر). قال الزركشيُّ: هي أشهر الروايتين وأنصهما، واختيار القاضي في «التعليق»، وغيره، وأكثر الأصحاب. انتهى.

الحاشية *** قوله: (وعنهُ: لا إن قيلَ: هبة)**

أي: إذا قيل: الإجازَةُ هبة لا يصيرُ وقفاً بها؛ لأن الهبةَ ليست من ألفاظِ الوقفِ، فإذا فسرت الإجازَةُ بالهبة، لم يحصلِ الوقفُ بذلكَ كما لا يَحصلُ بالهبة.

---

(١) ٨/ ٢٥٩.

(٢) في الأصل: «بعتقه».

(٣) في (ر) و(ط): «بالإجارة».

الفروع

وقفٌ بينهما بالسوية، وثلثاها ميراثٌ، وإن ردَّ ابنه، فله ثلثا الثلثين إرثاً، ولبنته ثلثهما وقفاً، وإن ردَّت، فلها ثلثُ الثلثين إرثاً، ولابنه نصفُهما وقفاً، وسدسُها إرثاً، لردِّ الموقوف عليه، وكذا له[1] لو رد التسوية، ولبنته ثلثهما وقفاً، وعلى الأولى، عملك في الدار كثلثيها على الثانية، ولا يصحُّ وقفٌ زائدٌ على ثلثه على أجنبيٍّ، جزم به الشيخ وغيره، وأطلق بعضهم وجهين.

ولا يصح رجوعُ واهب في هبته، نص عليه، كالقيمة، وعنه: ولو أباً، وعنه فيه: يرجع إن لم يتعلق به حقٌّ أورغبةٌ، كتزويجِ وفَلَسٍ، أو ما يمنع تصرف المتَّهِب مؤبَّداً أو مؤقَّتاً، فإن زال المانع، رجع، إلاّ أن يرجع مجدداً، وفيه بفسخٍ وجهان(م٥).

التصحيح

قال ابن مُنجَّا، والحارثي في «شرحيهما»: هذا المذهب، وجزم به في «المنور»، و«نظم المفردات»، وقدمه في «المقنع»[2]، و«المحرر»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم، وعنه: لا يصح مطلقاً، اختاره الشيخ الموفق. قال في «المقنع»[2]: وقياس المذهب أنه لا يجوز، واختاره أبوحفص العكبري، قاله القاضي، نقله الزركشي، واختاره ابن عقيل أيضاً، وعنه رواية أخرى: أنه كالهبة، فيصح بالإجازة، قال في «الرعاية»: لو وقف الثلث في مرضه على وارث أو وصى أن يوقف عليه، صحَّ، ولزم، نص عليه، وعنه: لا يصحُّ، وعنه: إن أجيز صحَّ وإلاّ بطل، كالزائد على الثلث، ثم قال: قلت: إن قلنا: هو لله، صحَّ، وإلاّ فلا.

مسألة ـ ٥: قوله في رجوع الأب في الهبة لولده: (وفيه بفسخ وجهان) انتهى.

وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[3]، و«المحرر»، و«الشرح»[3]، و«شرح ابن مُنجَّا»، والحارثي، و«النظم»، و«الرعايتين»،

الحاشية ....

(١) ليست في الأصل و(ط).

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٧٤.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٨١ـ٨٤.

الفروع وقيل: إن وهب ولديه فاشترى أحدهما[١] من الآخر، ففي رجوعه في الكلِّ وجهان، وإن أسقط حقَّه من الرجوع، فاحتمالان في «الانتصار»(م٦)، وفي زيادة متصلة، روايتان(م٧)، وفي رجوع امرأة فيما وهبته زوجَها

التصحيح و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، و«القواعد الفقهية»، و«تجريد العناية»، وغيرهم:

أحدهما: له الرجوع، وهو الصحيحُ، جزم به في «الكافي»[٢]، و«الوجيز»، و«المنور»، وغيرهم، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته» وغيره[٣].

والوجه الثاني: لا يرجع، صححه[٤] في «التصحيح»، وقطع به القاضي/ ١٦٤ وابن عقيل، قاله الحارثي، وقدمه ابن رزين في «شرحه»، وهذا في الإقالة إذا قلنا: هي فسخٌ، أما إذا قلنا: هي بيعٌ، فيمتنع حقُّه من الرجوع، قاله في فوائد «القواعد»، وهو ظاهر كلام المصنف، وغيره.

مسألة ـ ٦: قوله: (وإن أسقط حقَّه من الرجوع، فاحتمالان في «الانتصار») انتهى. قال القاضي محب الدين ابن نصر الله في «حواشي الفروع»: أظهرهما لا يسقط؛ لثبوته له بالشرع، كإسقاط الولي حقَّه، من ولاية النكاح، وقد يترجح سقوطه؛ لأن الحقَّ فيه مجردُ حقِّه، بخلاف ولاية النكاح، فإنه حقٌّ عليه لله وللمرأة؛ ولهذا يأثمُ بعَضْلِه، وهذا أوْجَهُ. انتهى. قلت: وهو الصواب، وليس كإسقاط الوليِّ حقَّه من ولاية النكاح، ويأتي نظيرتها في الحضانة[٥].

مسألة ـ ٧: قوله: (وفي زيادة متصلة روايتان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[٦]،

الحاشية ....

---

(١) في النسخ الخطية: «أحد»، والمثبت من (ط).

(٢) ٣/ ٦٠٠.

(٣) ليست في (ط).

(٤) في (ص) و(ط): «صحح».

(٥) ٩/ ٣٠٠.

(٦) ٨/ ٢٦٦.

الفروع

بمسألته، وقيل: أو لا، روايتان(م٨).

وقيل: ترجع إن وهبته لدفع ضرر فلم يندفع، أو عوض أو شرط، فلم

التصحيح

و«الكافي»[١]، و«المقنع»[٢]، و«المحرر»، و«الشرح»[٢]، و«النظم»، و«الحاوي الصغير»، و«القواعد الفقهية»، و«تجريد العناية»، قال في «الرعايتين»، و«الفائق»: وفي منع المتصلة صورة ومعنى روايتان، زاد في «الكبرى»: كسمن وكبر وحبل وتعلم صنعة. انتهى:

إحداهما: يمنع، وهو الصحيحُ، نصره الشيخ الموفق، والشارح، وصححه في «التصحيح»، قال في القاعدة الحادية والثمانين بعد إطلاق الروايتين: والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور امتناع الرجوع. انتهى. وهو الصواب.

والرواية الثانية: لا يمنع، اختاره القاضي، وأصحابه، قاله الحارثي، ونص عليه في رواية حنبل، وقال في «الكافي»[٣]: الخلافُ هنا كالخلاف في الرجوع على المفلس، وقدم في المفلس عدمَ الرجوع، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته» فقال: ويشارك المتهبُ بالمتصلة، وقال في «القواعد» على القول بجواز الرجوع: لا شيء على الأب للزيادة. انتهى.

فاختلفا لمن تكون الزيادةُ على القولِ بجوازِ الرجوعِ.

مسألة ـ ٨: قوله: (وفي رجوع امرأةٍ فيما وهبته زوجَها بمسألته، وقيل: أو لا، روايتان) انتهى.

وأطلقهما في «المغني»، و«المحرر»، و«شرح ابن مُنجًا»، و«الرعاية الكبرى»، وغيرهم:

إحداهما: لها الرجوعُ، نص عليه في رواية عبدالله، وجزم به في «المنور»،

الحاشية

....

---

(١) ٣/ ٦٠٠ .

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٩١ـ٩٤.

(٣) ٣/ ٦٠١.

الفروع يحصل، ولو قال: هي طالقٌ ثلاثاً إن لم تبرئني، فأبرأته، صحَّ، وهل ترجع؟ ثالثها: ترجع إن طلقها، ذكره شيخنا وغيره(م٩)، وإن اختلفا في حدوث

التصحيح و«منتخب الأدمي»، و«قواعد ابن رجب»، في القاعدة الخمسين بعد المئة، قال في «الرعاية الصغرى»: وترجع المرأة بما وهبت زوجها بمسألته، على الأصحِّ، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته».

والرواية الثانية: ليس لها الرجوع، وهو ظاهر كلام الخرقي، وكثيرٍ من الأصحاب، وبه قطع القاضي في «الجامع الصغير»، والشيخ في «الكافي»[1]، وابن أبي موسى، وأبوالخطاب، وغيرهم، واختاره أبوبكر، والحارثي في «شرحه»، وغيرهما، وقدمه في «الفصول»، و«المقنع»[2]، و«النظم»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح ابن رزين»، [3]وقال: إنه أظهر[3]، وغيرهم.

قلت: الصواب عدمُ الرجوع إن لم يحصل لها منه ضرر من طلاق وغيره، وإلاّ فلها الرجوعُ، والله أعلم.

(☆) **تنبيه**: قوله: (بمسألته، وقيل: أو لا). فقدم أنها لا ترجع إذا وهبته بغير مسألته، وهو المذهبُ، اختاره أبوبكر، وغيره، وقاله القاضي في كتاب «الوجهين»، وصاحب «التلخيص»، وغيرهما، وقيل: لها الرجوع أيضاً، وهو رواية عن أحمد، وأطلقهما في «المغني»[4]، و«الشرح»[2]، و«الرعاية الكبرى».

مسألة ـ ٩: قوله: (ولو قال: هي طالقٌ ثلاثاً إن لم تبرئني، فأبرأته، صحَّ، وهل ترجع؟ ثالثها: ترجع إن طلقها، ذكره شيخنا وغيره) انتهى.

قلت: هذه المسألة داخلةٌ في أحكام المسألة المتقدمة، ولكن رجوعها هنا آكدُ وأولى، والله أعلم.

الحاشية ....

---

(١) ٣/ ٥٩٩.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ١٠١.

(٣ ـ ٣) ليست في (ح).

(٤) ٨/ ٢٧٨.

الفروع

زيادة، فوجهان (م١٠).

والمنفصلةُ لابن، وقيل: لأب، ولا تمنع الرجوع، كنقصه[١]، وفيها في «الموجز» رواية، وإن وهبه[٢] متَّهبٌ لابنه، ففي رجوعِ أبيه وعدمه ورجوعه إن رجع ابنه، احتمالان(م١١، ١٢).

التصحيح

مسألة ـ ١٠: قوله: (وإن اختلفا في حدوث زيادة، فوجهان) انتهى:

أحدهما: القولُ قولُ من يمنعها، وهو الصواب؛ لموافقة دعواه الأصل.

والوجه الثاني: القول قول الولد في حدوثها، وهو بعيدٌ.

مسألة ـ ١١ ـ ١٢: قوله: (وإن وهبه متَّهبٌ لابنه، ففي رجوع أبيه وعدمه، ورجوعه إن رجع ابنه احتمالان) انتهى، يعني: في كُلِّ مسألة احتمالان، إذا علم ذلك، فذكر مسألتين:

المسألة الأولى ـ ١١: إذا وهبه[٣] المتهبُ لابنه ولم يرجع، فهل يرجع الجد أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: لا يملك الجد الرجوع، وهو الصحيح من المذهب، قطع به في «المغني»[٤]، و«المقنع»[٥]، و«شرحه»[٥]، و«شرح ابن مُنجًّا»، والشارح، و«المحرر»، و«الوجيز»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«التلخيص»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح الحارثي»، و«الفائق»، وغيرهم، وهو ظاهر كلام غيرهم؛ لاقتصارهم على الأب.

والوجه الثاني: له الرجوع، وهو احتمالٌ لأبي الخطاب. قال في «التلخيص»: وهو بعيدٌ، قال الحارثي: وهو كما قال، وأبوالخطاب وَهِمَ. انتهى.

الحاشية ....

---

(١) في (ر): «كنقضه».

(٢) في الأصل: «وهب».

(٣) في (ط): «وهب».

(٤) ٨/ ٢٦٥.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٨١ ـ ٨٣.

الفروع

وفي «مختصر ابن رزين»: يرجع جد، في وجه، ورجوعه بقوله، علم الولد أو لا، ونقل أبوطالب: لا يجوز عتقها حتى يرجع فيها ويردها إليه، إذا قبضها أعتقها، فظاهره اعتبار قبضه وأنه يكفي، وذكر جماعة في قبضه مع قرينة وجهين، وكذا بيعه وعتقه ولا ينفذ، وليس الوطء بمجرده رجوعاً، وله أن يتملك خلافاً لابن عقيل من مال ولده مطلقاً، ما لم يضره، نص عليه*. وعنه: ما لم يجحف به، جزم به في «الكافي»[(١)]، وفيه: وما لم يعطه ولداً

التصحيح

تنبيه: قد ظهر لك بما تقدم أن في إطلاق المصنف الخلاف نظراً ظاهراً.

المسألة الثانية ـ ١٢: إذا رجع الابنُ في هبته التي وهبها أبوه له، فهل للأب الرجوعُ فيما رجع إلى ولده أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»[(٢)] و«الشرح»[(٣)]:

أحدهما: يرجع، وهو الصحيح، جزم به في «الهداية» و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[(٤)]، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح ابن مُنجَّا»، والحارثي، و«الفائق»، و«الوجيز»، وغيرهم، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

والوجه الثاني: لا يرجع، وهو احتمال في «الهداية»، وفيه قوةٌ.

تنبيه: قد لاح لك أيضاً مما تقدم أن في إطلاق المصنف الخلاف نظراً، والله أعلم.

الحاشية

*** قوله: (وله أن يتمَلَّكَ خلافاً لابن عقيل من مالِ ولده مطلقاً ما لم يُضرَّه. نص عليه)**

قال في «الاختياراتِ»: ليس للأبِ الكافرِ تمليكُ مالِ ولدِه المسلمِ لا سيما إذا كان الولدُ كافراً فأسلم، وليسَ له أن يرجعَ في عطيَّته إذا كان وهبهُ في حال الكفرِ فأسلمَ الولدُ، فأمّا إذا وهبَهُ حالَ إسلام الولد، ففيه نظرٌ. وقال أبوالعباسِ في موضعٍ آخرَ: فأمّا الأبُ والأمُ الكافرةُ فهل لهما أن يتملكا على الولدِ المسلمِ أو يَرجعَا في الهبةِ؟ يتوجَّهُ أن يُخرَّجَ فيه وجهان، على الروايتين في

---

(١) ٣/ ٦٠٢.

(٢) ٨/ ٢٦٥ .

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٩٧.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٩٨.

الفروع

آخرَ، ونقله الشالنجي، واحتج بأنه حين أخذه صار له، فيعدل بينهما، وعنه: له تملكه كله، وقيل: بل ما احتاجه، وسأله ابن منصور وغيره: يأكل من مال ابنه؟ قال: نعم، إلاّ أن يفسده فله القوت، ولا يصح تصرفه فيه[1] قبل تملكه، على الأصحِّ، وقال شيخنا: ويقدح في أهليته؛ لأجل الأذى سيما بالحبس. وفي «الموجز»: لا يملك إحضاره مجلسَ حُكمٍ، فإن حضر فادعى عليه فأقر أو قامت بينة، لم يحبس، ويملكه بقبضه، نصّ عليه، مع قول أو نية، ويتوجه: أو قرينة، وفي «المبهج» في تصرفه في غير مكيل وموزون روايتان، بناء على حصول ملكه قبل قبضه، ويصح بعده، ولو أراد أخذه مع غناه فليس له أن يأبى عليه، نقل الأثرم: ولو كنت أنا لجبرته على دفعه إليه، على حديث النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[2]. وهل يثبت لولده في ذمته دينٌ أو قيمةُ متلف أو غيره؟ فيه وجهان، ونصه: لا(م١٣).

التصحيح

مسألة ـ ١٣: قوله: وهل يثبت لولده في ذمته دينٌ أو قيمةُ متلف أو غيره؟ فيه وجهان، ونصه لا) انتهى. وأطلقهما في «الشرح»[3]، و«الرعاية الكبرى»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: يثبت في ذمته لولده الدَّيْنُ ونحوه، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلامه في «المقنع»[3] و «المحرر»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، وغيرهم، وقدمه في «المغني»[4]، قال الحارثي: ومن الأصحاب من يقول بثبوت الدين وانتفاء المطالبة،

الحاشية

وجوبِ النفقة مع اختلافِ الدِّين، بل يقالُ: إذا قلنا: لا تجبُ النفقةُ مع اختلافِ الدين فالتمليكُ أبعدُ، وإن قلنا: تجبُ النفقةُ، فالأشبهُ ليسَ لهما التمليكُ، والأشبهُ أنه ليس للأبِ المسلمِ أن يأخذَ من مال ولدِه الكافرِ شيئاً، فإنَّ أحمدَ علل الفرقَ بينَ الأبِ وغيره، بأنَّ الأبَ يحوز مالَ ابنه، و[5] مع اختلافِ الدينِ لا حَوْزَ.

---

(١) ليست في الأصل.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢٢٩٢)، من حديث عمرو بن العاص.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٩١.

(٤) ٨/ ٢٧٤.

(٥) ليست في (ق).

الفروع وإن ثبت، ففي ملكه إبراء نفسه نظرٌ، قاله القاضي، وذكر غيره: لا يملكه، كإبرائه لغريمه[م١٤]، وقبضه منه؛ لأن الولدَ لم يملكه، ولو أقرَّ بقبض دين ابنه فأنكر، رجع على غريمه، وهو على الأب، [١]نقله مهنا[١]، فظاهره: لا يرجع إن أَقَرَّ الابنُ، وليس له طلبه، ومثله وارثه، وفيه وجهٌ.

وفي «الانتصار» فيمن قتل ابنه: إن قلنا: الدية لوارث طالبه، وإلاّ فلا، وإن المباح يحرم إتلافه عبثاً، ولا يضمنه، فإن مات، ففي أخذه عين[٢] ماله

التصحيح منهم القاضي، وأبو الخطاب، وابن عقيل، والمصنف. انتهى.

واختاره المجد في «شرحه»، وقدمه المصنف أيضاً فيما إذا أَوْلَدَ أمةَ ابنِهِ أنه يثبت قيمتُها في ذمته، ذكره في باب أمهات الأولاد[٣].

والوجه الثاني: لا تثبتُ، وهو ظاهر ما قدمه في «الكافي»[٤]. قال الحارثي: وهو الأصحُّ، وجزم به أبوبكر وابن البناء، وهو المنصوص عن أحمد، وتأول بعضهم النص.

قلت: قال الشيخ في «المغني»[٥]: يحتمل أن يحمل النص عن أحمد وهو قوله: إذا مات الأبُ بطلَ دَيْنُ الابنِ، وقوله: من أخذ من مهر ابنته شيئاً، فأنفقه ليس عليه شيءٌ، ولا يؤخذ من بعده، على أن أخذه له وإنفاقه إياه دليلٌ على قصد التملك. انتهى.

مسألة ـ ١٤: قوله: (وإن ثبت، ففي ملكه إبراء نفسه نظرٌ، قاله القاضي، وذكر غيره: لا يملكه، كإبرائه لغريمه) انتهى.

قال الشيخ تقي الدين: يملك الأب إسقاط دين الابن عن نفسه. انتهى. قلت: الصواب عدم الملك لذلك، كما قاله غير القاضي، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب أيضاً.

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في الأصل.
(٢) في الأصل: «من».
(٣) ٨/ ١٤٥.
(٤) ٣/ ٦٠٣.
(٥) ٨/ ٢٧٤.

الفروع

وقال في «المبهج»: أو بعضه ولم ينقد ثمنه، روايتان(م١٥)، وما قضاه في مرضه أو وصَّى بقضائه، فمن رأس ماله، وإلاّ لم يسقط بموته، ونصه: يسقط، كحبسه به، فلا يثبت، كحياته، ويطلبه بنفقته*، وفي «الرعاية»: وعين في يده، نقل ابن الحكم: ما حازه لا يأخذه حيّاً ولا ميّتاً، وإن كان بعينه إذا حازه لنفسه. ونقل أبوداود فيمن أعطى بعض ولده مالاً ليسوي بينهم، ثم اقترضه، ثم مات، قال: ما وجدوه بعينه فهو مالهم عليه، وما استهلكه فلا يكون للولد على أبيهم دَينٌ، وكان قال[1] قبل ذلك: يسقط عن الميت دَيْنُ ولده، والأمُّ كأب في تسويةٍ فقط، نص عليه، وفي «الإفصاح»

التصحيح

مسألة ـ ١٥: قوله: (فإن مات ففي أخذه عين ماله، وقال في «المبهج»: أو بعضه ولم ينقد ثمنه، روايتان) انتهى. وأطلقهما في «المبهج»، و«الرعاية الكبرى»، و«شرح الحارثي»، و«الفائق»:

إحداهما: له الأخذُ، وهو الصحيحُ، وقد قدم الشيخ في «المغني»[2] أن الأب إذا مات يرجع الابنُ في تركته بدينه؛ لأنه لم يسقط عن الأب، وإنما تأخرت المطالبةُ. انتهى.

قلت: إذا كان/ في الدين، ففي العين بطريق أولى وأحرى. قال في «الكافي»[3]: قاله بعضُ أصحابنا، وهذا إذا صار إلى الأب بغير تمليك ولا عقد معاوضة، فأمّا إن صار إليه بنوع من ذلك، فليس له الأخذُ، قولاً واحداً، والله أعلم. ١٦٥

والرواية الثانية: ليس له أخذه، وهو ظاهر ما قدمه في «الكافي»[3]، فيحتمل أن تكون هذه الرواية على القول بعدم الثبوت، وهو بعيدٌ.

فهذه خمس عشرة مسألة قد صححت.

الحاشية

*** قوله: (ويطْلُبُه بنفقتِهِ)**

أي: الابن يطلب الأبَ بالنفقة.

---

(١) ليست في الأصل.

(٢) ٨/ ٢٧٥.

(٣) ٣/ ٦٠٣.

الفروع و«الواضح» وغيرهما: ورجوعٍ، وهو ظاهر كلام الخرقي، قاله في «الموجز». واختاره القاضي يعقوب والشيخ، وقيل: وتملُّك، ونصوصه: لا تتملك، ولا تتصدق، قال: وهي أحقُّ بالبِرِّ منه، ويتوجه رواية مخرجة، ومن رواية ثبوت ولاية الجد وإجباره أن يكون كأب في كل شيءٍ ما لم يخالف (ع) كالعُمريَّتين[١].

وهدية، كهبة، وكذا صدقة. ونقل المروذي وحنبل: لا رجوعٍ. وفي «عيون المسائل»: و«المستوعب»، وغيرهما: لا يعتبر في الهدية قَبُولٌ، للعرف، بخلاف الهبة، ووعاءُ هديةٍ كهي، مع عُرْفٍ، ومن أهْدى ليُهدى إليه أكثرُ، فنقل صالح أن أباه ذكر قول الضحاك: لا بأس به لغير النبي ﷺ*. ونقل أبوالحارث فيمن سأله[٢] الحاجة فسعى معه فيها فيهدي له، قال: إن كان شيءٌ من البِرِّ وطلبِ الثواب كرهته له. ونقل صالح فيمن ردَّ الوديعةَ فيهدى له: إن علم أنه لأداء أمانته، لم يقبل، إلاّ أن يكافئَه. ونقل يعقوب: لا ينبغي للخاطب إذا خطب لقومٍ أن يَقبل لهم هديةً، فهاتان روايتان، واختار شيخنا التحريمَ، قال: وهو المنقول عن السلف والأئمة الأكابرِ، قال: ورخص فيه بعضُ المتأخرين، جعله من باب الجعالة.

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (لا بأسَ به لغير النبي ﷺ)

أي: النبي ﷺ لا يهدي ليُعطى أكثرَ، ذكرَهُ المصنِّفُ في النكاحِ في خصائصِ النبي ﷺ[٣].

---

(١) وهي أن يفرض للأم ثلث الباقي بعد فرض الزوجين، في زوج وأبوين وزوجة وأبوين، وتُسمَّى هاتان المسألتان العُمَريَّتين، لقضاء عمر رضي الله عنه فيهما، وسيوردهما المصنف قريباً في كتاب الفرائض.

(٢) في (ر) و(ط): «سأل».

(٣) ٨/ ١٧٢ .

الفروع وقال أبوداود: بابُ الهديةِ للحاجةِ، ثم روى من رواية القاسم وحديثه حسن عن أبي أمامة مرفوعاً: «من شفع لأخيه شفاعة فأهدى له هدية، فقد أتى باباً عظيماً من أبواب[1] الربا»[2].

وكان الزجاج[3] أدَّبَ القاسم بن عبيد الله[4]، فلما تولى الوزارة، كان وظيفتهُ عرضَ القصصِ وقضاء الأشغال، ويُشارط، ويأخذ ما أمكنه. قال ابن الجوزي في «المنتظم»: يجب على الولاة إيصال قصص أهل الحوائج، فإقامة من يأخذ الجُعل على هذا حرامٌ، فإن كان الزجاج لا يعلم ما في هذا، فهو جهلٌ، وإلاّ فحكايته في غاية القُبح، فنعوذ بالله من قلَّة الفقه. ويتوجه احتمالٌ، ولعله ظاهرُ كلام ابن الجوزي: إن وجب عليه، حَرُمَ، وإلاّ فلا، واللّه سبحانه وتعالى أعلم.

التصحيح ....

الحاشية ....

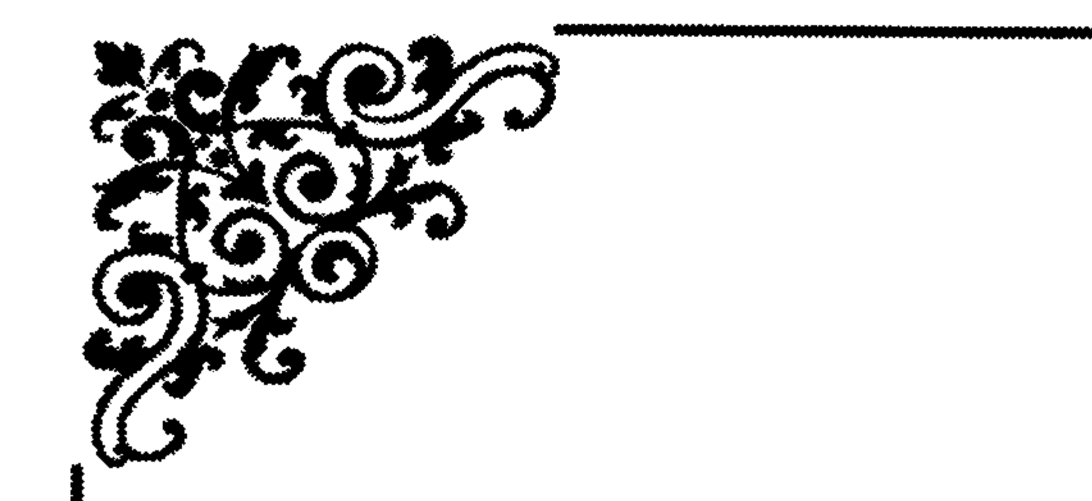
---

(١) ليست في (ر).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٤١)، من حديث أبي أمامة.

(٣) هو: أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد بن السري الزجاج البغدادي، نحوي زمانه، لزم المبرد، وكان يعطيه من عمل الزجاج كل يوم درهماً، فنصحه وعلمه. من مصنفاته: «معاني القرآن»، «الإنسان وأعضاؤه»، «العروض»، وغيرها. (ت٣١١هـ). «السير» ١٤/ ٣٦٠

(٤) هو: ابن سليمان بن وهب بن سعيد الحارثي الوزير، ولي الوزارة للمعتضد بعد موت والده الوزير عبيد الله. كان ظلوماً عاتياً. قال ابن النجار: كان جواداً ممدوحاً إلا أنه كان زنديقاً، وكان مؤدبه أبو إسحاق الزجاج. (ت٢٩١هـ). «السير» ١٤/ ١٨.




كتاب الوصايا




الفروع

كتاب الوصايا

تصح مطلقةً ومقيدةً من مكلَّف. قال/ في «الكافي»[١]: ما[٢] لم يعاين ٢/٧٨ الموت (وش) قال: لأنه لا قولَ له، والوصيةُ قولٌ، ولنا خلاف، هل تقبل التوبةُ ما لم يعاين الملكَ، أو ما دام مكلَّفاً، أو ما لم يُغرغِر؟ فيه أقوالٌ(م١).

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (ولنا خلافٌ، هل تقبلُ التوبةُ ما لم يعاين الملك، أو ما دام مكلَّفاً، أو ما لم يُغرغر؟ فيه ثلاثةُ أقوال):

أحدها: تقبل ما لم يغرغر؛ لما روى الإمامُ أحمد، والترمذي، وابن حبان[٣] في «صحيحه» من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى يَقبلُ توبةَ العبدِ ما لم يُغرغر». قال ابن رجب في كتاب «اللطائف»: فمن تاب قبل أن يُغرغر، قُبلت توبتُه، وقدمه؛ لأن الروحَ تفارق القلبَ عند الغرغرة، فلا يبقى له نيةٌ ولا قصدٌ.

والقول الثاني: تقبل ما لم يُعاين الملكَ، وهوقول الحسنِ، ومجاهد، وغيرهما. وقد خرج ابن ماجه[٤]، عن أبي موسى قال: سألت النبي ﷺ: متى تنقطعُ معرفةُ العبدِ من الناس؟ قال: «إذا عاين». يعني: الملك. وروى ابن أبي الدنيا بإسناده عن عليٍّ قال: «لا يزال العبدُ في مهلة[٥] من التوبة ما لم يأته ملكُ الموتِ يقبضُ روحه، فإذا نزل ملكُ الموتِ، فلا توبةَ حينئذٍ». وبإسناده عن ابن عمر قال: «التوبةُ مبسوطةٌ ما لم ينزل سلطانُ الموتِ»[٦]. وروى في «كتاب الموت»[٦]، عن أبي موسى قال: «إذا عاين الميتُ الملكَ، ذهبت المعرفةُ». وعن مجاهد نحوه، وقدمه ابن حمدان في آداب «الرعايتين»،

الحاشية

....

(١) ١٢/٤.

(٢) ليست في (ر) و(ط)، وعبارة مطبوع «الكافي»: «ومن عايَن الموتَ لا تصحُّ وصيتُه».

(٣) أحمد (٦١٦٠)، والترمذي (٣٥٣٧)، وابن حبان (٦٢٨).

(٤) في «سننه» (١٤٥٣).

(٥) في (ط): «مثلة».

(٦) لم أقف عليه.

الفروع

وفي «مسلم» وغيره[(١)]: يا رسولَ الله، أيُّ الصدقة أفضلُ؟ قال: «أن تصدَّقَ وأنت صحيحٌ شحيحٌ تخشى الفقرَ وتأمل الغنى، حتى إذا بلغت الحلقومَ قلت: لفلان كذا، ولفلان كذا، ألا وقد كان لفلان». معنى بلغت الحلقوم: بلغت الروحُ، قال في «شرح مسلم»[(٢)] إما من عنده، أو حكاية عن الخطابي: والمراد قاربت بلوغ الحُلْقُوم؛ إذ لو بلغته حقيقةً لم تصحَّ وصيتُه، ولا صدقتُه، ولا شيء من تصرفاته، باتفاق الفقهاء.

وقيل: غيرِ سفيه، ومن بالغٍ عشراً، في المنصوص، وفي مميزٍ روايتان[(م٢)].

التصحيح

و«نهاية المبتدئين في أصول الدين»، والمصنف في «الآداب الكبرى»، و«الوسطى»، والشيخ عبدالله كتيلة في كتاب «العدة».

والقول الثالث: تقبل توبته ما دام مكلفاً، وهو قويٌّ، والصواب قبولها ما دام عقله ثابتاً وإلاّ فلا.

وقد ذكر المصنفُ في أول الباب[(٣)] الذي يلي هذا ما يتعلق بمن تحقق أنه يموت سريعاً، وتأتي هذه الأقوالُ استطراداً في كتاب الجنايات، والأقوالُ الثلاثةُ قريبٌ بعضُها من بعض، وقد ذكرها ابن حمدان وغيره.

مسألة ـ ٢: قوله: (وفي مميز روايتان) انتهى.

يعني إذا لم يجاوز العشر، وأطلقهما أبوبكر عبدالعزيز، وصاحب «المستوعب»، و«المقنع»[(٤)]، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، و«تجريد العناية»، وغيرهم:

إحداهما: لا يصحُّ، وهو ظاهر كلام الخرقي، وصاحب «الوجيز»، وصححه في

الحاشية

....

(١) مسلم (١٠٣٢) (٩٢)، والبخاري (١٤١٩).

(٢) أي: الإمام النووي ١٢٣/٧.

(٣) ص ٤٤٣.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٩٧/١٧.

الفروع

لا من معتقل لسانه بإشارة مفهومة، نص عليه، كقادر، ويتوجه فيه وجهٌ، وقيل: بلى، كأخرسَ، وكذا إقرارُه، ونصه: تصحُّ بخطه الثابت بإقرار ورثةٍ أو بينةٍ، وعكسه ختمُها والإشهادُ عليها، فيخرج فيهما[١] روايتان*. ونقل

التصحيح

«التصحيح»، قال ابن أبي موسى: لا تصحُّ وصيةُ الغلام لدون عشر، ولا إجازته، قولاً واحداً، واختاره أبوبكر، وقدمه في «المحرر»، و«الرعايتين»، و«النظم»، و«شرح ابن رزين»، وغيرهم، وجزم به في «المنور»، و«منتخب الأدمي»، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، قال الحارثي وتبعه في «القواعد الأصولية»: هذا الأشهر.

والرواية الثانية: يصحُّ، وهو الصحيح، قال القاضي وأبوالخطاب: تصحُّ وصيةُ الصبي إذا عقل، قال الشيخ في «العمدة»[٢]: وتصح الوصية من الصبي إذا عقل، وقطع به البعليُّ، وهو الصواب، وصححه في «الخلاصة»، وقدمه في «المذهب»، و«الكافي»[٣]، و«إدراك الغاية»، وغيرهم، قال الحارثي: لم أجد هذه منصوصة عن أحمدَ.

الحاشية

* **قوله: (ونصُّه: تصحُّ بخطِّهِ الثابتِ بإقرارِ ورثةٍ، أو بينةٍ، وعكسه ختْمُها والإشهادُ عليها، فيخرَّجُ فيهما روايتان)**

قال في «المحرر»: ومن وجدت له وصيَّةٌ بخطِّه عملَ بها، نصَّ عليه، ونصَّ فيمن كتبَ وصيَّته وختَمها وقال: اشهدوا بما فيها، أنَّهُ لا تَصِحُّ، فَتُخَرَّجُ المسألتان على روايتين، وإنما قلنَا في العكسِ: إنه لا يصحُّ على المنصوصِ؛ لأن الشاهدَ لا يجوزُ له أن يشهدَ بما فيها بمجردِ هذا القولِ، والذي لا يصحُّ هو الإشهادُ؛ لأن الشاهدَ لا يصحُّ أن يشهدَ فيها بقولِ الموصي هذهِ المقالةُ. قال في «المغني»[٤]: وإن كتبَ وصيتَهُ وقالَ: اشهدُوا عليَّ بما في هذهِ الورقةِ، أو قال: هذهِ وصيتي فاشهدُوا عليَّ بها، فقد حكي عَنْ أحمدَ أن الرجلَ إذا كتبَ وصيته وختمَ عليها وقالَ

---

(١) في (ط): «فيها».

(٢) العدة شرح العمدة ٤٤٣/١ وجاء في (ط): «العدة»، و«العدة» لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي (ت ٦٢٤هـ).

(٣) ٤/ ١٢ـ ١٣.

(٤) ٨/ ٤٧١.

الفروع أبوداود فيمن كتبَ وصيَّته وأشهدَ عليها ومعه أخوه فقال: وصيتي على مثلِ وصيَّتك: ليس ذا بشيءٍ، ونقل أيضاً: ما أدري، ثم قال للسائل: مَنْ ورثه؟ قال: أنا، قال: فأنفذها.

التصحيح ....

الحاشية للشهود: اشهدُوا عليَّ بما في هذا الكتاب، لا يجوزُ حتى يسمعُوا منهُ ما فيه أو يُقْرَأَ عليه، فيقر بما فيه. ويحتملُ كلام الخرقي جوازَه؛ لأنَّهُ إذا قبلَ خطَّهُ المجردَ فهذا أولى. ووجْهُ الأول أنه كتابٌ لا يعلَمُ الشاهدُ ما فيه فلم يجزْ أن يشهدَ عليه ككتاب القاضي إلى القاضي. انتهى. فأمَّا إذا ثبت أنها خطُّهُ بغيرِ هذا الوجهِ، مثلَ أن يقرَّ الورثةُ أنها خطُّهُ، أو تشهدَ بينةٌ أنها خطُّهُ، فإنها تقبلُ على النصِّ المشارِ إليهِ بقوله: (ونصُّهُ تصحُّ بخطِّه الثابت). وجماعةٌ يفرقُونَ بين المسألتينِ، ويمنعونَ التخريجَ كشارحِ «المحررِ» وغيرِه؛ لأنَّ مسألةَ الخطِّ المجرَّد العملُ به، وهو مقبولٌ للحاجة، وفي الثانية العملُ بالشهادةِ على هذا الوجه، والشهادةُ على هذا الوجهِ غيرُ صحيحة. وقال ابن عبدوس في «تذكرته»: وتصحُّ بخطه، ولا يصحُّ الإشهادُ على المختومة. ولم يذكر سوى ذلك، وهذا ظاهرٌ؛ فإنَّ عدم الصحة راجعٌ إلى الإشهاد لا إلى عدمِ صحةِ الوصيةِ مع الإشهادِ المذكورِ، ولو عرفَ الخطَّ، وكلامُ «المغني»[1] وغيره كـ«شرحِ المقنع»[2] واضحٌ في ذلك، ليسَ معَه إشكال، نعم ظاهرُ كلامِ المصنِّفِ وجماعةٍ: أن الوصيةَ بهذا الوجهِ وهو ختمُها والإشهادُ عليها لا يصحُّ وهذا واضحٌ ليسَ مُناقضَةً لما تقدَّم؛ لأنَّ الشهادة المذكورةَ غيرُ جائزةٍ، فلا يصحُّ بها المشهودُ بهِ؛ لعدمِ صحتِها، وكونُها لا تصحُّ بهذه الشهادة لا يمنعُ صحتَهَا بوجْه غيره، من ذلك خطُّهُ الثابتُ بإقرارٍ أو بينةٍ، فمعنى قولهم: لا تصحُّ، أي: بمجرد هذه الشهادة؛ لأنَّه لا يصحُّ مع ذلكَ بوجهٍ من الوجوهِ، فإن هذا لا يمكنُ القولُ به؛ لأنَّه يلزمُ منهُ لو شهدت بينةٌ غيرُ تلكَ البينةِ بأنه قرأها عليهم وأشهدَهُم على ما فيها، أنها لا تصحُّ بذلكَ، وذلكَ لا يقولُه عاقلٌ، فعُلِمَ أن المرادَ: عدمُ صحتها بمجرد تلك الشهادةِ، وأمّا إذا ثبتَ خطُّهُ بالوجهِ الشرعيِّ على مقتضى النصِّ في المسألة التي قبلها فإنه يُعملُ بها، والله أعلم. ووجهُ التخريج من المسألة الأولى [3] إلى الثانية[3] أنه إذا قيلَ يُعمَلُ بالخطِّ من غيرِ

---

(١) ٨/ ٤٧١.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

(٣-٣) ليست في (ق).

الفروع

ويتوجه الصحة مع علمه ما فيها، وإلاّ فالروايتان، وتصحُّ ممن لا وارث له، وقيل: ومع ذي رحمٍ بماله، وعنه: بثلثه، فعلى الأولى: لو ورثه زوجٌ أو زوجةٌ ورد، بطلت بقدر فرضه من ثلثيه، فيأخذ الوصيُّ الثلثَ، ثم ذو الفرض من ثلثيه، ثم يتمم الوصية منهما، وقيل: لا يتمم كوارثٍ بفَرْضٍ، وَرَدٌّ وعليها: بيتُ المال جهةُ مصلحةٍ لا وارث، ولو وصى أحدهما لآخر[1]، فله على الأولى: كُلُّه إرثاً ووصيةً، وقيل: لا تصحُّ الوصيةُ، وعلى الثانية: ثلثه وصية ثم فرضه، والبقية لبيت المال.

وتستحبُّ مع غناه عُرْفاً، وقال الشيخ: مع فضله عن غِنَى وَرَثَتِه بخُمْسه، وقيل: بثُلُثِه. وفي «الإفصاح»: يستحبُّ بدونه، وذكر جماعة: بخمسه لمتوسط، وذكر جماعةٌ أنه مَنْ ملك فوق ألف: إلى ثلثه. ونقل أبوطالب: إن لم يكن له مالٌ كثيرٌ ألفان أو ثلاثة أوصى بالخُمس ولم يضيق على ورثته[2]، وإن كان مالٌ كثير، فبالربعِ أو الثلثِ، ونقل ابن منصور: دون ألف فقيرٌ لا يوصي بشيء.

قال أصحابنا: فقيرٌ، ويكره لفقير، قال جماعة: وارثه محتاجٌ. قال في «التبصرة»: رواه ابن منصور، وأطلق في «الغنية» استحبابَ الوصيةِ بالثلثِ لقريبٍ[3] فقيرٍ لا يرثُ، فإن كان غنيّاً، فلمسكينٍ[4] وعالمٍ ودَيِّنٍ قَطَعُه عن

التصحيح

....

الحاشية

قراءته، فكذلكَ يُشْهَد عَلَيْه من غير قراءته لوجود المعرفة فيهمَا. ووجهُ التخريجِ من الثانية إلى الأولى أنه لمَّا منع من الشهادةِ على الخطِّ ؛ لعدمِ السَّماعِ منه، كذلك لا يعملُ بالخطِّ ؛ لعدمِ السماعِ منه.

---

(١) في (ط): «الآخر».

(٢) في النسخ الخطية: «ورثة»، والمثبت من (ط).

(٣) في (ر): «كقريب».

(٤) في (ر): «فكمسكين».

الفروع السبب القدرُ، وضيق الورعُ عليهم الحركة فيه، وانقلب السببُ عندهم فتركوه، ووثقوا بالحقِّ وانساقت[١] أقسامهم إليه بلا تبعة ولا عقوبة، طوبى لمن أنالهم، أو خدمهم، أو أمَّن على دعائهم، أو أحسنَ القول فيهم؛ لأنهم أهلُ اللّهِ وخاصَّتُه، فهل يُدْخَل على الملك إلاّ بخاصته؟.

وكذا قيد في «المغني»[٢] استحبابها لقريب بفقره، مع أن دليلَه يعمُّ، وعنه: تجب لقريب لا يرثه. [٣]اختاره أبوبكر[٣]. وفي «التبصرة» عنه: للمساكين ووجوه البِرِّ، وسبق قبل الفصل الآخرِ في الوقف[٤] ما يتعلق بهذا، ولا يجوز لوارثه بثلثه، ولا بأكثر منه لغيره، نص عليه.

وفي «التبصرة»: يكره*، وعنه: في صحته من كل ماله*، نقله[٥] حنبل،

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (وفي «التبصرة»: يكرَهُ)

وبه جزم في «الرعاية» في الوارث. وقد دلَّ كلامُ المصنِّفِ على أنَّ الوصيةَ على الوجهِ المذكورِ حرامٌ على ما قدمه؛ وعلى ما في «التبصرة» مكروهٌ، فنبَّه المصنِّفُ على الخلافِ. واعلم: أنه و[٦] لو قيل على ما في «التبصرة» أنه لا يلزم في حق الورثة إلاّ بالإجازة، وإنما فائدةُ الخلاف جوازُ فعلِ الموصي ذلك وعدمُ جوازه.

* قوله: (وعنه: في صحته من كل مالِهِ)

لما قال: (ولا بأكثر منه لغيره) عُرف أنه لا يجوزُ لأكثر من الثلث، سواءٌ كانت الوصيةُ في حال الصحة أو المرض، ثم ذكر رواية: أنها في حال الصحة من كل ماله.

(١) في (ط): «اشتاقت».
(٢) ٨/٣٩٤.
(٣-٣) ليست في الأصل.
(٤) ص ٣٨٣ .
(٥) في الأصل: «نقل».
(٦) ليست في (ق).

الفروع

وتصح على الأصحِّ بإجازة الورثة* لهما بعد موتِ الموصي، كالردِّ، وعنه: وقبله في مرضه[1]، خرجها القاضي أبوحازم من إذن الشفيعِ في الشراء، ذكره في «النوادر»، واختاره صاحب «الرعاية» وشيخنا، وهي تنفيذ* لصحتها بلفظها، وبقوله: أمضيت، فلا يرجع مجيزُ والدٍ، وولاؤُه للموصي، ويلزم بغير قبوله وقبضه ولو من سفيه ومفلس، ومع كونه وقفاً على مجيزه، ومع جهالة المجاز، ويزاحم بمجاز لثلثه للذي لم يجاوزه* لقصده تفضيله، كجعله الزائد لثالث، وكوصية بمئة، وبمئتين[2]، وثلاث مئةٍ،

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (وتصحُّ على الأصحِّ بإجازة الورثة)

لما ذكر أنه لا يجوز/ لوارث ولا لغيره بأكثر من الثلث، كان ظاهرُه عدمَ صحَّةِ ذلك، سواءٌ أجازَ الورثةُ أو لاَ، وليسَ كذلك على الأصحِّ؛ بل إذا أجازَ الورثةُ صحَّ؛ فأعلم ذلك[3] بقوله: (ويصحُّ على الأصحِّ بإجازةِ الورثةِ) ١٧٧

* قوله: (وهي تنفيذ)

أي: الإجازةُ لصحتِها، أي: الإجازة بلفظها، أي: الإجازة ولو كانت هبةً، لم تصحَّ بلفظِ الإجازة.

* قوله: (ويزاحم بمجاوزٍ لثلثِهِ الذي لم يجاوزْه)

مثالُه: أوصى لشخصٍ بنصفٍ، فهو مجاوزُ الثلثَ، ولشخصٍ بثلثِ مالِهِ، فهذا لم يجاوز الثلثَ، فأجازَ الورثةُ لصاحبِ النصفِ خاصةً، فإن قلنا: الإجازةُ تنفيذ، زاحمَ صاحبُ النصفِ صاحبَ الثلثِ بنصفٍ كامل، فيقسمُ الثلثُ بينهما على خمسَةٍ: لصاحبِ النصفِ ثلاثةُ أخماسِهِ، وللآخر خُمساهُ، ثم يُكملُ لصاحبِ النصفِ نصفَه بالإجازةِ. وإن قلنا: الإجازةُ عطيَّةٌ، فإنما يزاحمُهُ بثلثٍ خاصةً؛ إذ الزيادةُ عليهِ عطيةٌ محضةٌ من الورثةِ لم تُتَلقَّ من الميت، فلا يزاحمُ به الوصايا، فيُقسم الثلثُ بينهما نصفين، ثم يكمل لصاحبِ النصفِ نصفَهُ بالإجازةِ. أشار إلى ذلك الشيخُ زينُ الدين في آخرِ «القواعدِ» في فائدةٍ: هل الإجازةُ تنفيذٌ أو ابتداءُ عطيةٍ.

(١) في الأصل: «مرضها».
(٢) ليست في (ر).
(٣) ليست في (د).

الفروع فنصفٌ وثلثٌ من خمسة، لربِّ النصفِ ثلاثةٌ، وللآخر سهمان، نقله أبوالحارث.

أجازوا أو ردوا، بخلاف وصيته بماله وبمثله لواحد، وبماله لآخرَ إن سلم؛ لعدم تَصَوُّرِ صحَّةِ الزائدِ، والنصف يصحُّ إن أجازوا، وقياس المذهب: يُقسم المال مع الإجازة، والثلث مع الردِّ، ثلثان وثلث، ويأتي في عمل الوصايا[1]، وعنه: هبةٌ مبتدأةٌ، وأطلقها أبوالفرج، وخصها في «الانتصار» بالوارث، فينعكس الحكم ولا يزاحم بمجاوز لثلثه؛ لبطلانه.

وإجازته في مرضه من رأس المال في احتمال في «الانتصار»، وقال غيره: من ثلثه، كمحاباة صحيح في بيع خيار ثم مرض زمنه وأذن في قبضِ هبةٍ، لا خدمته؛ لأنها ليست مالاً متروكاً، ومن أجازها بجزء مُشاع، وقال: ظننتُ قلَّة المال، قُبل؛ لأنه الأصلُ، وحلف، ورجع بزائدٍ على ظنه، وقيل: لا، كما لو كان المجاز عيناً أو مبلغاً مقدراً وظن بقية المال كثيراً، وفيه وجهٌ. قال شيخنا: وإن قال: ظننت قيمته ألفاً فبان أكثر، قُبل، وليس نقضاً[2] للحكم بصحة الإجازة ببينة أو إقرار. قال: وإن أجاز، وقال: أردت أصل الوصية، قُبل، وله الرجوعُ في وصيته، نحو: فسختُ، أو هو لورثتي، أو ما أوصيتُ به لزيد فلعمرٍو، نص عليه، ولو أوصى به لعمرو* ولم يرجع،

التصحيح ....

الحاشية * **قوله: (ولو أوصَى به لعمرٍو)**

هذا كله في المعيَّن فيعلم أن الذي للثاني هو الذي أوصى به للأول، وأمّا إذا كان غيرَ معيَّنٍ، مثل أن يوصي له بثلثه، ثم يوصي لآخرَ بثلثِه، فها هنا تجعلُ الذي أوصى به للثاني غيرَ الذي أوصى بهِ

(١) ص ٤٨٣.

(٢) في الأصل: «نقصا».

الفروع

فبينهما، وقيل: للثاني، ونقل الأثرم: يؤخذ بآخر الوصية.

وفي «التبصرة»: للأول، وأيهما مات فهو للآخر، وإن وصى بثلثه ثم بثلثه لآخر، فمتغايران، وفي الردِّ يقسمُ الثلث بينهما. ولو رهنه أو كاتبه أو دبره أو أوجبه في بيعٍ أو هبةٍ فلم يقبل، أو عرضه لبيع أو رهن أو وصى ببيعه أو هبته، أو خلطه بما لا يتميز، أو أزال اسمه أو زال هو أو بعضه، فرجوعٌ، كبيع وهبة. وقيل: لا، كإيجاره وتزويجه، ولبسه، وسكناه، وكوصيته بثلث ماله فيتلف أو يبيعه ثم يملك مالاً، وإن جحده أو خلط صُبْرَةَ موصٍ بقفيز منها بغيرها بخير، وقيل: مطلقاً، أو عَمِلَ الثوب قميصاً أو[1] الخبز فتيتاً، أو نسجه أو ضرب النُّقْرَة[2] أو ذبح الشاة أو بنى أو غرس، فوجهان[م٣،٥].

التصحيح

مسألة ـ ٣ ـ ٥: قوله: (وإن جحده أو خلط صُبْرَة موصٍ بقفيز منها بغيرها بخير، وقيل: مطلقاً، أو عمل الثوب قميصاً أو الخبز فتيتاً أو نسجه، أو ضرب النُّقرةَ أو ذبح الشاةَ أو بنى أو غرس، فوجهان) انتهى في هذه الجملة مسائل:

المسألة الأولى ـ ٣: إذا جحد الوصية فهل يكون رجوعاً أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»[3]، و«المقنع»[4]، و«الشرح»[5]، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح ابن مُنجًا»، والحارثي، وغيرهم:

الحاشية

للأول بدليلِ قوله: (وإن وصَّى بثلثه ثم بثلثه[6] لآخرَ فمتغايران[7]) وإذا كان الثاني غيرَ الأول لا يكون رجوعاً بلا خلافٍ.

---

(١) في الأصل: «و».

(٢) النقرة: القطعة المذابة من الذهب والفضة. «القاموس»: (نقر).

(٣) ٨/ ٤٨٠.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٢٦٣.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٢٦٣ ـ ٣٦٤.

(٦) في (ق): «بثلثيه».

(٧) في النسخ الخطية «متغايران» والتصحيح من الفروع.

الفروع

وذكرهما ابن رزين في وطئه.

التصحيح

أحدهما: ليس برجوع، وهو الصحيح، صححه في «التصحيح» وغيره، وبه قطع في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«الوجيز»، وغيرهم، وقدمه في «الكافي»[(١)]، وهو الصواب.

والوجه الثاني: هو رجوعٌ، صححه الناظم، وقيد الخلاف بما إذا علم، والظاهر: أنه مرادُ من أطلق.

المسألة الثانية ـ ٤: إذا خلط الصُبْرَةَ الموصي بقفيز منها بغيرها بخيرٍ منها، فهل يكون ذلك رجوعاً أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: لا يكون رجوعاً. وهو الصحيح، قال في «الهداية»: فإن أوصى بطعام فخلطه بغيره، لم يكن رجوعاً، وبه قطع في «المذهب»، و«المستوعب»، و«الكافي»[(٢)]، و«المقنع»[(٣)]، و«المحرر»، و«شرح ابن مُنجَّا»، وغيرهم، وقدمه في «المغني»[(٤)]، و«الشرح»[(٣)]، [(٥)]و«شرح ابن رزين»[(٥)]، و«شرح الحارثي»، وصححه في «الخلاصة»، [(٦)]ولكن لم يقيدوه[(٦)] بالخيرية، بل أطلقوا، فشمل الخيرية وغيرها، وصرح به في «المغني»[(٤)]، و«الشرح»[(٣)]، و«شرح ابن رزين»، و«الحاوي»، فقالوا: سواءٌ كان دونه، أو مثله، أو خيراً منه.

والوجه الثاني: يكون رجوعاً، اختاره صاحب «التلخيص»[(٧)]، و«الرعايتين»، و«الحاوي»، ويأتي كلامهما، قال الحارثي: وهو مفهوم إيراد القاضي في «المجرد».

الحاشية

....

(١) ٤/٥٨.
(٢) ٤/٥٩.
(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/٢٦٧ـ ٢٦٨.
(٤) ٨/٤٦٩.
(٥ـ٥) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).
(٦ـ٦) في (ط): «ولم يقيده أكثرهم».
(٧) في (ط): «البلغة».

الفروع ....

التصحيح

انتهى. وصرحوا بالخيرية، وصححه الناظم فيما إذا [(١] لم يتميزوا في موضع آخر إذا [١)] خلطه بمثله، وأطلقهما في القاعدة الثانية والعشرين، وقال: هما مبنيان على أن الخلط هل هو استهلاكٌ أو اشتراكٌ؟ فإن قلنا: هو اشتراكٌ، لم يكن رجوعاً، وإلاّ كان رجوعاً. انتهى.

قلت: الصحيح من المذهب أنَّ الخلطَ اشتراكٌ، فيكون موافقاً لما قاله في «المغني»[(٢)]، و«الكافي»[(٣)]، و«المقنع»[(٤)]، و«المحرر»، وغيرهم، فلا يكون رجوعاً. وقال في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»: وإن وصَّى بقفيز منها، ثم خلط بخير منها، فقد رجع، وإلاّ فلا، وزاد في «الكبرى»: قلت: إن خلطها بأرْدَأ منها صفةً، فقد رجعَ، وإن خلطها بمثلها في الصفة، فلا. انتهى.

[(٥] وقال في «البلغة»: ولو أوصى له بقفيز من صُبْرَةٍ ثم خَلَطَها بغيرها، لم يكن رجوعاً إلاّ أن يخلطها بخيرٍ منها، فيكون رجوعاً. انتهى[٥)].

تنبيه: تلخص أن صاحب «الهداية»، و«المذهب»، و«الخلاصة»، و«المغني»، و«الكافي»، و«المقنع»، و«المحرر»، و«الشرح»، [(٥] وابن رزين[٥)]، وابن مُنَجَّا، والحارثي، وغيرهم قالوا: لم يكن ذلك رجوعاً، ولم يقيده البعض بالخيرية، ولا عدمِها، وقيده البعض كما تقدم، والإطلاق موافق للقول الثاني الذي ذكره المصنف بالنسبة إلى التقييد وعدمه، وقيده صاحب «التلخيص»[(٦)] و«الرعايتين»، و«الحاوي»، وغيرهم بالخيرية، وهو موافق لما قدمه المصنف لكن[(٧)] في تقديم المصنف الخيرية على الإطلاق - مع أن الذين أطلقوا أكثر الأصحاب والذين قيدوا أقل، وهو صاحب «التلخيص»[(٦)]، وتبعه

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في (ط).

(٢) ٤٦٩/٨ .

(٣) ٥٩/٤ .

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٢٦٧ـ ٢٦٨.

(٥ ـ ٥) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٦) في (ط): «البلغة» .

(٧) ليست في (ط).

الفروع ....

التصحيح ابن حمدان، وصاحب «الحاوي» - نظرٌ[1]، والله أعلم.

بل الأولى له أن يجعل محل الخلاف المطلق مع الإطلاق ويقدمه، ويجعل التقييد بالخيرية طريقةً مؤخرةً[2] عكس ما عَمِل، والظاهر: أنه تابعَ صاحبَ «التلخيص»، وترجَّحَ عنده، فقدمه.

المسألة الثالثة - ٥: إذا عمل الثوبَ قميصاً، والخبزَ فتيتاً، أو نسج الغزل، أو ضرب النُّقرة، أو ذبح الشاة، أو بنى أو غرس، فهل يكون ذلك رجوعاً أم لا؟ أطلق الخلافَ، وأطلقه في «الرعايتين»، و«الحاوي»، و«الفائق»، وأطلقه في «الكافي»[3]، و«النظم» في البناء، والغراس:

أحدهما: يكون رجوعاً، وهو الصحيح، اختاره الشيخ الموفق، والشارح، وصححه في «التصحيح» فيما إذا جعلَ الخبزَ فتيتاً، ونسج الغزل[4]، ونحوه مما ذكره «المقنع»[5]، وجزم به في «الوجيز»، وصححه في «النظم» في غير البناء، والغرس، وقدمه في «الكافي»[6] في[7] غيرهما، وصححه الحارثي فيهما، وصحح في «المحرر» فيما إذا أزالَ اسمَه، فطحن الحَبَّ، ونسج الغزل أنه رجوعٌ.

والوجه الثاني: لا يكون رجوعاً، اختاره أبوالخطاب، وقدمه في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، وغيرهم، قال في «الخلاصة»: لا يكون رجوعاً، في الأصحِّ.

الحاشية ....

(١) في (ط): «شيء».
(٢) في (ط): «يؤخره».
(٣) ٤/ ٥٩.
(٤) في (ح): «الثوب».
(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٢٦٤-٢٦٥.
(٦) ٤/ ٥٩.
(٧) في (ط): «و».

الفروع

وإن بنى فيها وارث وخرجت من ثلثه، فقيل: يرجع بقيمةِ البناءِ، وقيل: لا(م٦)، ويضمن ما نقصها[1]، وإن جهل الوصية، فله قيمتُه غيرَ مقلوعٍ، وإن زاد فيه عِمارةً، ففي أخذها وجهان(م٧).

التصحيح

مسألة ـ ٦: قوله: (وإن بنى فيها وارث وخرجت من ثلثه، فقيل: يرجع بقيمة البناء، وقيل: لا) انتهى:

أحدهما: يرجع على الموصى له بقيمة البناء، قدمه في «الرعاية الكبرى». قلت: الصواب أنه باق على ملك الوارث، ولا يلزم الموصى له، دفعُ قيمة البناء، هذا إذا لم يعلم الوارث أنه يخرج/ من الثلث، فإن كان يعلم فهو قريبٌ من التصرف في ملك غيره بغير إذنه، والله أعلم. ١٦٦

والوجه الثاني: لا يرجعُ، عليه أرشُ ما نقصَ من الدارِ عمّا كانت عليه قبل عمَارته، قلت: الذي ينبغي أنه يرجع عليه بالأرش، قولاً واحداً؛ ولذا لم يذكره[2] المصنف، وإنما محلُّ الخلاف في الرجوع بقيمة البناء، والله أعلم.

مسألة ـ ٧: قوله: (وإن زاد فيه عِمَارة) يعني الموصي (ففي أخذها وجهان) انتهى. وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المغني»[3]، و«المقنع»[4]، و«الشرح»[5]، و«شرح ابن مُنجَّا»، والحارثي، و«القواعد الفقهية»، وغيرهم:

أحدهما: يأخذه الموصى له، قدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير».

والوجه الثاني: يأخذه الورثة، صححه في «التصحيح»، و«النظم»، وهو الصواب.

فهذه سبعُ مسائلَ في هذا الباب.

الحاشية

....

---

(١) في (ط): «نقضها».

(٢) في (ص) و(ط): «يذكر».

(٣) ٨/ ٤٦٩.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٢٦٩.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٢٦٩ـ٢٧٠.

الفروع قال في «التبصرة»: لا يأخذ نماء منفصلاً، وفي متصل وجهان، وهي كبيع فيما يتبعُ العينَ، ونقل ابن صدقة[(١)] فيمن وصَّى بكرم وفيه حَمْلٌ[(٢)] فهو للموصى له، ونقل غيره: إن كان يوم وصَّى به له فيه حمل[(٢)]، فهو له. قال في «عيون المسائل»: ولا يلزم الوارث سقيُ ثَمَرةٍ مُوصًى بها؛ لأنه لم يَضمن تَسليم هذه الثمرة إلى الموصى له، بخلافِ البيع، وإن قال: إن قدم زيدٌ فله وصيةُ عمرو، فقدم في حياته، وقيل/ : وبعدها فله، والله أعلم.

٢/ ٧٩

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) في (ر): «منصور». وابن صدقة هو: أحمد بن محمد بن عبد الله البغدادي، الحافظ، المتقن الفقيه. حدَّث عن أحمد ابن حنبل بمسائل، ومسائله مدونه، وكان موصوفاً بالإتقان والتثبت، (ت٢٩٣هـ). «السير» ١٤/ ٨٣.

(٢) في (ط): «جمل».

الفروع

باب تبرع المريض

تبرُّعه في مرض موته المخوف، وقال في «الانتصار» في التيمم: أو غير مخوف، بنحو: هبة ومحاباة، وقيل: وكتابةٍ، كوصية. واختلف فيها كلامُ أبي الخطاب، وكذا وصيته بكتابته*، وإطلاقها بقيمته، وخرج ابن عقيل والحلواني من مفلس رواية: ينفذُ عتقه، ولو عَلَّقَ صحيحٌ عِتْقَ عبده، فوُجدَ شرطُه في مرضه، فمن ثُلُثِه، في الأصحِّ.

والمخوف: كبِرْسَامٍ[1]، ووجعِ قلبٍ ورئةٍ، وإسهالٍ لا يستمسك، أو معه دمٌ، وفي «المغني»[2]: أو زحير، وحمى مطبقة وقولنج، وهيجان صفراء أو بلغم، ورعاف أو قيام دائم، وابتداء فالج، وما قاله طبيبان عدلان، وقيل: أو واحد؛ لعدم.

وذكر ابن رزين المخوف عُرْفاً، أو بقول عدلين، والمرض الممتد، كسلٍّ وجُذامٍ، فإن قطع صاحبُه، وعنه: أو لا، فمن ثلثه، والحاضر التحام قتال، أو هيجان بحر، أو وقوع طاعونٍ، أو هو أسير مَنْ عادته القتل، وعنه: أو لا، أو قُدِّم ليقتل، أوحبس له*، كمريض، وعنه: لا، والحامل عند الطَّلْق،

التصحيح

....

الحاشية

*** قوله: (وكذا وصيتُه بكتابتِهِ)**

أي: إذا أوصى بكتابةِ عبدِه وأطلق، يكاتبوه بقيمتِهِ.

*** قوله: (أو حبسَ له)**

أي: للقتلِ.

(١) البِرسام: علةٌ يُهذَى فيها. «القاموس»: (البرسام).

(٢) ٨/٤٨٩ـ٤٩٠.

الفروع نص عليه، وعنه: لنصف سنة، كمريض، حتى تَنْجُوَ من نفاسها، والأشهر: مع ألم لا بعد مضغة. وفي «المغني»[(١)]: إلاّ مع ألم. وحُكم من ذُبح أو أبينت حُشْوَتُه، وهي: أمعاؤه لا خرقها وقطعها فقط، ذكره الشيخ، وغيره كميت في حكمه، ذكره الشيخ، وغيره في الحركة في الطفل، وفي الجناية، وقال هنا: لا حكم لعطيته ولا لكلامه، ومرادُه أنه كميت.

وذكر الشيخ أيضاً في «فتاويه»: إن خرجت حُشْوَتُه ولم تَبِنْ [(٢)]ثم مات ولده، وَرِثَه وإن أبينت[(٢)]، فالظاهر يَرِثُه؛ لأن الموت زهوقُ النفس وخروج الروح، ولم يوجد، ولأن الطفلَ يرث ويُورث بمجرد استهلالِه، وإن كان لا يدل على حياة أثبت من حياة هذا[(٣)].

وظاهر هذا من الشيخ: أن من ذبح ليس كميت مع بقاء روحه، ويأتي في الجناية[(٤)] في أن قطع حُشْوَتِه أو مريئه أو وَدَجَيْه قَتْلٌ، ومن جرح مُوحيا[(٥)]، فكمريض، مع ثبات عقله، وفي «الرعاية»: إن فسد عقله، وقيل: أو لا لم يصح، وفي «الترغيب»: من قُطع بموته، كقطع حشوته وغريق ومعاين، كميت.

وهذا يوافق ما ذكره هو وغيرُه في الجناية، وسيأتي[(٤)]، ويصحُّ معاوضةُ مريضٍ بثمن مثله، وعنه مع وارث بإجازة، اختاره في «الانتصار»؛ لفوات

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) ٨/ ٤٩٢.

(٢ ـ ٢) ليست في الأصل.

(٣) ليست في الأصل.

(٤) ٩/ ٣١٣ ـ ٣١٤.

(٥) في (ر): «موجبا»، والجرح الموحي: المسرع للموت.

الفروع

حقِّه من المعين. وقال شيخنا فيمن أجر الموقوف لأجنبي: كفضولي، ومثلها وصيته، لكل وارث بمعين بقدر حقِّه، ويصح وقفه كذلك بالإجازة[١]، لأنه تحبيسٌ، ولا يحصل من الإرث.

ويتوجه الخلاف في جعله كهبة، ولو كان الوارثُ واحداً في التي قبلها، صحَّ، وهنا يعتبر إجازته ولا يؤثر إلاّ بعد موت الواقف، فلو مات الموقوف عليه قبله، ثم مات الواقفُ والوقف منجز، صحَّ في ثلثه، على الأشهر، وهل لمريضة تزوجت بدون مهرها نقصه؟ فيه وجهان*، وجزم به في «الترغيب»: ليس لها، كإجارتها نفسها بمحاباة[م١]، ويتوجه فيها كمهر*، وزيادة مريض على مهر المثل من ثلثه، نص عليه، وعنه: لا يستحقها، صححها ابن عقيل وغيره، قال أحمد: كوصية لوارث.

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (وهل لمريضة تزوجت بدون مهرها نقصه؟ فيه وجهان وجزم في «الترغيب»: ليس لها، كإجارتها نفسها بمحاباة) انتهى. قال في «الرعاية الكبرى»: ومن تزوج مريضةً بدون مهرِ مثلِها، فهل لها ما نقص؟ قلت: يحتمل وجهين. انتهى. وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف، فإذن في إطلاق المصنف نظرٌ؛ لأن الوجهين اللذين ذكرهما ابن حمدان إنما ذكرهما تخريجاً من عنده، لا أنهما للأصحاب.

الحاشية

*** قوله: (وهل لمريضة تزوجت بدون مهرِها نقصُه؟ فيه وجهان)**

يحتملُ أن يكون [٢]بضاد معجمة، أي: ينقض المهر الذي وقع عليه العقد ويطالب بمهر المثل، ويحتمل أن يكون[٢] بصاد مهملة، أي: تطالبُ بما نقص عن[٣] مهر المثل، ولعلَّ هذا أظهرُ؛ وهما في المعنى متقاربان.

*** قوله: (ويتوجهُ فيها كمهرٍ)**

أي: يتوجُه في مسألة الإجارةِ وهي ما إذا أجرت نفسها بمحاباة، أن تكون كمسألة المهر، فيخرج

---

(١) في الأصل: «بالإجارة».

(٢ـ٢) ليست في (د).

(٣) في (د): «من».

الفروع قال في «الانتصار»: له لُبْسُ ناعم، وأكلُ طيِّب لحاجته، وإن فعله لتفويت الورثة، مُنِع، وفيه: يمنعه إلاّ بقَدْر حاجته وعادته، وسلَّمه أيضاً؛ لأنه لا يُستدرك، كإتلافه، وجزم به الحلواني، وغيره، وابن شهاب، قال: لأنَّ حقَّ وارثه لم يتعلق بعين ماله، ولو قضى بعض غرمائه، وتفي تركته ببقية دينه، صحَّ، ونصه: مطلقاً، ولا يبطلُ تبرعه بإقراره بدين في المنصوص، ولو باع من أجنبي بمحاباة عبداً قيمته ثلاثون بعشرة فلم يُجز الورثةُ، فله ثلثه بالعشرة، وثلُثُه بالمحاباة، لنسبتهما[1]، من قيمته، فصحَّ[2] بقَدْرِ النسبة، وعنه: يصحُّ في نصفه بنصف ثمنه، لنسبة الثلث من المحاباة، فصحَّ بقَدْر النِّسْبَة. اختاره في «المغني»[3]، و«المحرر»[4]، ولا شيء للمشتري سوى الخيار، وعنه: يصحُّ البيعُ، ويدفع بقية قيمته عشرةً أو يفسخُ، ولو كان وارثاً صحَّ البيع على الأصحِّ في ثلثه، ولا محاباةَ، وعلى الثالثة يدفع بقيةَ قيمتِه عشرين أو يفسخُ، ولو أفضى إلى إقالة في سَلَم بزيادة أو بأفضلَ تعيَّنَت الوسطى، كبيعه قفيز حنْطَة قيمتُه ثلاثون بقفيز حنطة قيمتُه عشرةٌ، أو سلفه عشرة في قفيز حنطة ثم أقاله، وقيمته ثلاثون في مرضه، ولو حابى أجنبيّاً، أخذ شفيعه الوارثُ بالشفعة، في الأصحِّ.

التصحيح [5]إذا علم ذلك، فالصوابُ: ليس لها إلاّ ما سمَّى، كما قاله في «الترغيب»، والله أعلم[5].

الحاشية فيها الوجهان، لها النقص أولا.

---

(١) في (ر): «لنسبتها».

(٢) في (ر): «فيصح».

(٣) ٨/٤٩٨.

(٤) ليست في (ر).

(٥ ـ ٥) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

فصل

من وَهَب أو وَصَّى لوارث فصار غيرَ وارث عند الموت، صحَّت، وعكسه بعكسه اعتباراً بالموت(☆). فلو وَهب مريض مالَه لزوجته، ولا يملك غيرَه، فماتت قبله، عملْت بالجبر؛ لقطع الدَّوْر، فتقول: صحت هبتُه في شيء، ورجع إليه بإرثه نصفُه، يبقى لورثته المالُ إلاّ نصف شيء يعدل شيئين، اجبر المال بنصف شيء؛ وقابل وابسط الشيئين ونصفا خمسة، فالشيءُ الذي صحَّت فيه الهبةُ خمسا المال، فلورثته أربعةُ أخماس ماله، ولورثتها خُمسه[1].

ولو أعتقَ ذا رحم أو أعتق أمةً وتزوجها، عتق وترثُه في المنصوص،

التصحيح

(☆) [2] تنبيه: قوله (من وهب أو وصى لوارث فصار غيرَ وارث عند الموت، صحَّت، وعكسه بعكسه؛ اعتباراً بالموت) انتهى. ناقض المصنف هذا في كتاب الإقرار فقال: وإن أقر لوارث فصار عند الموت أجنبيّاً أو عكسه، اعتبر بحال الإقرار لا الموت، على الأصحّ، فيصحُّ في الثانية دون الأولى، ثم قال: (وكذا الحكم إن أعطاه، وهو غير وارث، ثم صار وارثاً، ذكره في «الترغيب» وغيره) انتهى.

فجعل العطية كالإقرار، فاعتبر حالة الإقرار، وجعل الهبة وهي نوع من العطية من باب تبرع المريض كالوصية. فاعتبر الموت، وهذا المعتمد عليه، وكان الأولى والأحرى للمصنف أن يذكر كلامَ صاحبِ «الترغيب» وغيره، في باب تبرع المريض، عقب المسألة؛ ليُعلم أن فيها خلافاً، لا يقطعُ في مكان بشيءٍ ويقطعُ بضدِّه في غيره، والله أعلم[2].

الحاشية

....

---

(١) في (ط): «خمسة».

(٢ـ٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع وكذا لو اشترى من يعتق عليه، وعنه: من رَأس ماله، ويرثُه، اختاره جماعةٌ، وقيل: لا تصحُّ من مديون، وقيل: بلى ويباع؛ فعلى الأول: لو اشترى أباه، ولا يملك غيرَه، وترك ابناً عَتَقَ ثُلُثُه على الميت، وولاؤه له، وورث بثلثه الحرِّ ثلث سدس بقيته من نفسه، ولا ولاء عليه، وبقية ثلثيه يرثُها الابنُ يعتق عليه وله ولاؤه، ويصحُّ ظاهراً، ويحرمُ تزويجُه أمته المعتقة حتى تبرأ، ولو أعتق أمةً قيمتُها مئةٌ وله مئتان ونكحها بمئة مهر مثلها، صحَّ عتقُه ونكاحه[1] وقيل: ولها المهرُ، وفي إرثها الوجهان، ويحرمُ وطءُ متَّهب حتى يبرأ أو يموت، وفي «الخلاف»: له التصرفُ. وفي «الانتصار»: والوطءُ. ولو أقر أنه أعتقَ في صحَّته ذا رحمٍ[2]، أو ملك من يَعتقُ عليه بهبة أو وصية، فمن رأس ماله وَورثا، في المنصوص فيهما، فلو اشترى ابنه بخمس مئة ويساوي ألفاً، فقَدْرُ المحاباة من رأس ماله، ولو اشترى من يعتق على وارثه، صحَّ، وعَتَقَ على وارثه، وإن دبَّرَ ابن عمه، عَتَقَ، والمنصوص: لا يرث، وإن قال: أنت حرٌّ في آخرحياتي، عَتَق.

والأشهر: يرث، وليس عتقُه وصيةً له، فهو وصيةٌ لوارث، ولو عَلَّقَ عتْقَ عبده بموت قريبِه، لم يرثه، ذكره جماعةٌ. قال القاضي: لأنه لا حقَّ له فيه، ويتوجَّهُ الخلافُ، ولو ادعى الهبةَ أو العتقَ في الصحة فأنكر الورثةُ، قُبِلَ قولُهم، نقله مهنا في العتق، ولو قال: وهبتني زمن كذا صحيحاً، فأنكروا*،

التصحيح ....

الحاشية * قوله: (فأنكروا)

مرادُه والله أعلمُ: أنهم أنكروا زمنَ الصحةِ ووافقُوا على الهبةِ، فتكونُ الهبةُ متفقاً عليها، ووقعَ

---

(١) في (ط): «نكاحها».

(٢) في (ر): «رحمه».

قُبلَ قَوْلُه. ولو كان مهرُها عشرةَ آلاف، فقالت في مرضها: مالي عليه إلاّ ستةٌ، فالقضاءُ ما قضت، نقله/ ابن إبراهيم*.

الفروع ٢/ ٨٠

فصل

إذا عجز ثُلُثُه[(١)] عن عطايا ووصايا، بدئ بالعطايا الأول فالأول، ثم بالوصايا، متقدِّمُها ومتأخرُها سواءٌ، فلو تبرع بثلثه ثم اشترى أباه، صحَّ، ولم يعتق عليه إذا قلنا: يَعتق من ثلثه، ويَعتق على وارثه، ولم يرث، وعنه: يقسم[(٢)] بين الكلِّ بالحصص مطلقاً، وعنه: يُقدم العتقُ.

وتخالف العطيةُ الوصيةَ في أنه لا يملك الرجوعَ فيها، ويقبلُها عند وجودها، ويثبت ملكُه من حينها، فإذا خرجت من ثلثه عند موته، تبيَّنا ثبوتَه، وإلاّ فله منها[(٣)] بحَسَب خروجه. ونماؤها يتبعُها، فلو أعتق في مرضه عبداً لا يملك غيره فكسب قبل موته مثل قيمته، دخله الدَّوْرُ.

التصحيح ....

الحاشية

الخلافُ في حالةِ الهبةِ، هل كانت في الصحةِ أو في المرضِ، وأمّا لو أنكروا أصلَ الهبةِ، فلا وجه لقبول قوله.

* **قوله: (ولو كان مهرُها عشرةَ آلافٍ، فقالتْ في مرضِهَا: مالي عليهِ إلاّ ستةٌ، فالقضاءُ ما قضتْ، نقلَهُ ابنُ إبراهيمَ)**

قد ذكر المصنِّفُ وغيرُه أنها لو قالتْ في مرضِها: أنها قبضت صداقَها، أنه لا يقبلُ إلاّ بِبَيِّنَةٍ، نقَلَه مهنَّا، ولم يذكر هذهِ الروايَةَ المنقولةَ هنا، أن القضاءَ ما قضتْ، ولم يذكرُوا هنا روايةَ مهنا المذكورةَ في الإقرارِ، والظاهرُ أن كلَّ واحدةٍ من الروايتين تخالفُ الأخرى فتحرر.

---

(١) ليست في (ر).

(٢) في (ط): «ويقسم».

(٣) في الأصل: «منه».

الفروع

فنقول أبداً: عتق منه شيءٌ وللورثة شيئان مثلا ما عتق منه، وله من كسبه الذي استحقَّه بجزئه الحرِّ شيء؛ لأنه هنا مثله، فصار العبد وقيمته يعدل (١أربعة أشياء، فالشيء إذن نصفُ العبد، فيعتق نصفُه، وله نصفُ كَسْبه، وللورثة نصفُهما.

والعطيةُ كالوصية إلاّ في١) أربعة أشياء المذكورة. ويخرج وصيُّه، ثم وارثُه، لا حاكمٌ في المنصوص ثم حاكمٌ الواجبَ*، كحج وغيره، ومثله وصية بعتق في كفارة تخيير من رأس ماله، وتبرعه من ثلث باقيه. ونقل ابن إبراهيم في حجٍّ لم يوص به وزكاة وكفارة[٢] من الثلث.

ونقل عنه: من كله مع علم ورثته، ونقل عنه في زكاة: من كله مع صدقة، وعنه: تُقدم الزكاةُ على الحجِّ.

ونقل ابن صدقة فيمن أوصت[٣] في مرضها لزوجها بمهرها: هذه وصيةٌ لوارث لا تجوز إلاَّ بإجازة الورثة. قيل: فأوصت وهي صحيحةٌ؟ قال: إن كانت صحيحةً، جاز، قال اللّه: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ﴾الآية [النساء: ٤]، فإن أخرجه من لا ولاية له من ماله بإذنٍ، أجْزَأَ، وإلاّ فوجهان[م٢].

التصحيح

مسألة ـ ٢: قوله: (فإن أخرجه من لا ولايةَ له من ماله بإذنٍ، أجْزَأَ، وإلاّ فوجهان) انتهى. قد قال المصنف أولاً: (ويخرج وصيه ثم وارثه. . . ثم حاكم الواجب، كحج وغيره) فالمخرج للواجب على الميت، إنما هو هؤلاء الثلاثة على الترتيب، فلو أخرج الواجبَ عليه أجنبيٌّ بإذنِ من له ولايةُ الإخراج، جاز، وإن أخرجه بغير إذنه وهي مسألة

الحاشية

* **قوله: (الواجب)**

مفعولُ: (يخرجُ) أي: يخرجُ الواجبَ من رأسِ مالِهِ، ويخرجُ تبرُّعَهُ من ثلثِ باقيهِ.

(١ ـ ١) ليست في الأصل.

(٢) ليست في الأصل، وجاء محلها عبارة: «لم يوص به».

(٣) في (ط): «أوصته».

الفروع

وفي «الخلاف» وقد قيل له[١]: لا يجوز له[٢] إخراج الزكاة حيّاً بلا أمره فكذا بعد موته كالأجنبيِّ، فقال: لا نسلم أن الأجنبيَّ لا يجوز إخراجُ الزكاة عنه بعد موته؛ لقوله في رواية حنبل: لا يعجبني، يأخذ دراهم ليحج بها إلاّ أن يكون متبرعاً بحجٍّ عن أبيه وأمه وأخيه، وإن سلمنا ذلك، فالمعنى في الأجنبي أنه لا يخلف الميت، بخلاف الوارث، فإن قال: أدوا الواجب من ثلثي، وقيل: أو قال: حُجُّوا أو تصدَّقُوا، بُدِئَ به، فإن نفدَ ثُلُثه، سقط تبرُّعُه، وقيل: يتزاحمان فيه، وباقي الواجب من ثلثيه، وقيل: من رأس ماله، فيدخله الدَّوْرُ، فلو كان المالُ ثلاثين، والتبرعُ عشرةً، والواجبُ عشرةً، جعلت تتمة الواجب شيئاً يكون الثلثُ عشرةً إلاّ ثُلُثَ شيءٍ بين الواجبِ والتبرعِ. للواجب خمسةٌ إلاّ سدسَ شيء، فاضمم الشيء إليه يكن

التصحيح

المصنف، فهل يجزئ أم لا؟ أطلق فيه الوجهين. قال في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»: فإن أخرج أجنبيٌّ من ماله عن ميت زكاةً تلزمه بإذنِ وصيه أو وارثه، أجزأته، وإلاّ فوجهان، وكذا لو أخرجها الوارثُ، وثمَّ وصي بإخراجها ولم يعلمه، وكذا الحجُّ، والكفارةُ، ونحوهما. انتهى. والظاهر: أنَّ المصنف تابع ابن حمدان في ذلك.

قلت: أما إذا مات وعليه حجٌّ، جاز أن يحجَّ عنه بإذن وليه، ويجوز بغير إذنه، على الصحيح، وهو ظاهرُ ما قدمه المصنف في باب حكم قضاء الصوم[٣]، اختاره [٤]ابن عقيل في «فصوله» والمجد في «شرحه»، وهي آخرُ مسألةٍ بَيَّضَها فيه، وبه قطع في «الفائق»، وقيل: لا يصحُّ[٤]، اختاره أبوالخطاب في «الانتصار»، وهذه المسألة إن لم تدخل في كلام المصنف فهي شبيهةٌ بما قال، والصوابُ الإجزاءُ، والله أعلم.

الحاشية

....

(١) ليست في (ط).

(٢) ليست في (ر).

(٣) ٥/ ٧٢ ـ ٧٣.

(٤ ـ ٤) ليست في (ص).

الفروع

الشيءُ خمسةً وخمسةَ أسداسِ شيءٍ يعدل الواجب عشرة، فيكون الشيءُ ستةً، وللتبرع أربعة. وإن شئت، خذ حصَّةَ الواجبِ، من الثلث [١]ثم انسب كلًّا من حصَّة التبرعِ والورثة من الباقي، فخذ منهم تتمَّةَ الواجب[١] بقَدْر النسبة، أو انسب تتمَّته من الباقي، وخذ بقَدْرها. قال في «الروضة»: ومن مات بطريق مكة، لزمه أن يُوصيَ بحجةِ الإسلام، كذا قال، ويتوجه: يلزمه أن يُعلم بما عليه من واجب.

فصل

إذا أعتق مريضٌ بعضَ عبد بقيته له أو لغيره، أو دبَّره أو وصى بعتقه، وثُلُثُه يحتمل كلَّه، عتق كلُّه، ويدفع قيمة حقِّ شريكه، وعنه: يسري في المنجز خاصَّة، وعنه: لا سرايةَ، ولو مات قبلَ سيِّدِه، عَتق بقَدْرِ ثُلُثِه. وقيل: كله؛ لأن ردَّ الورثةِ هنا لا فائدةَ لهم فيه، وينبني عليه إذا وهبَ عبداً وأقبضه فمات ثم مات السيد، فمؤنة تجهيزه بحَسَب ذلك، قاله في «الترغيب»، وغيره. قالوا: ولو قال: أعتقت ثُلُثَهُم، أُقرع، ولو قال: أعتقت الثلث من كل واحد واحد[٢] منهم، فكما قال، ولا قُرعةَ.

ولو أعتق عبدين لا يملك غيرَهما فلم يُجز الورثةُ، عَتَقَ واحدٌ بقرعة، وتتمَّةُ الثلثِ من الباقي، وإلاّ عتق منه بقَدْرِ الثُلُثِ، فيضرب قيمة من قرع من ثلاثة ثم ينسب قيمتها مما بلغ، فيعتق منه بنسبته، وإن استغرقهما دَيْنٌ عليه،

التصحيح

ويأتي في باب الولاء[٣] ما يشابه ذلك، وقد أطلق المصنف الخلافَ فيه أيضاً.

الحاشية

....

(١-١) ليست في (ر).

(٢) ليست في (ر)

(٣) ٨/ ٦٧ .

الفروع

بيعا، وعنه: يعتق الثلثُ، فإن التزم وارثُه بقضائه، فوجهان(م٣).

ولو أعتق أحدهما بعينه، وتساوت قيمتُهما، وخلف ابنين، فقال أحدُهما: أبي أعتق هذا، وقال الآخر: بل أعتق[1] هذا، عتق ثلثهما، ولكل ابن سدسُ الذي عيَّنَه، ونصفُ الآخرِ، وكذا لو عيَّن الأصغرُ عتقَ أحدهما وأطلقه الأكبرُ وخرجت القرعةُ لغير المعين، ولو خرجت للمعين، عَتَقَ ثلثاه فقط.

ولو أعتق ثلاثةَ أعْبُدٍ فمات أحدُهم قبله، أقرع بينهم، كعتقه أحدهم، فإن خرجت للميت، مات حرّاً، وتمم الثلث بقرعة بين الباقيين، وإن خرجت لأحدهما، فهما تركته، فيعتق ثلث قيمتهما، وقال الشيخ: يقرعُ بين الحيين ويسقطُ حكم الميت، كعتقه أحد عبديه غير معين، فمات أحدُهما، تعيَّن العتقُ في الثاني، ذكرها القاضي وغيره. وإن قال: إن أعتقتُ سالماً فغانمٌ

التصحيح

مسألة ـ ٣: قوله: (ولو أعتق عبدين لا يملك غيرهما) فظهر عليه دينٌ يستغرقهما (بيعا. . . فإن التزم وارثه بقضائه، فوجهان) انتهى.

يعني: ففي نفوذ عتقهما وجهان، ومحلُّهما إذا كان الوارثُ غنياً فيما يظهر، وأطلقهما في «الرعاية الكبرى»، و«الفائق»، و«المغني»[2]، و«الشرح»[3]، وقالا[4]: وقيل: أصل الوجهين إذا تصرف الورثة في التركة ببيعٍ أو غيره، وعلى الميت دين فقضى الدَّيْن هل ينفذ؟ فيه وجهان. انتهى. وحكى[5] الوجهين في «الكافي»[6] احتمالين:

الحاشية

....

---

(١) ليست في (ر).

(٢) ١٤/ ٣٩٤ـ٣٩٥.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٩/ ١١٥.

(٤) في (ص): «قال».

(٥) بعدها في (ط): «أصل».

(٦) ٤/ ١٥٣.

الفروع

حرٌّ، قُدِّم سالمٌ، ولو زادَ: في وقت عتقي له*؛ لئلا يَرِقَّان* والله أعلم.

التصحيح

أحدهما: ينفذ عتقُهما، وهو الصواب؛ لتشوف الشارع إليه، وأيضاً لو كان على الميت دَيْنٌ وقضى من عين ما خلف، يصحُّ، واستحقَّ الورثةُ ذلك، على الصحيح من المذهب.

والوجه الثاني: لا ينفذ عتقُهما، قدمه ابن رزين، وقد ذكر ابن رجب في الفائدة الثانية عشرة على القول بأن التركة تنتقلُ إليهم وهو الصحيح: لو تصرَّفُوا فيها، نفذ على الصحيح، وعلى القول بعدم النفوذ ينفذ العتقُ خاصَّةً. وحكى القاضي في «المجرد» في نفوذِ عتقِهم مع عدم العلم بالدَّيْنِ وجهين، وأنَّه لا ينفذ مع العلم، وجعل صاحب «الكافي»[1] مأخذَهما أن حقوقَ الغرماءِ المتعلقةَ بالتركة هل يملك الورثةُ إسقاطَها بالتزامهم الأداء من عندهم أم لا؟ انتهى. وهذه مسألةُ المصنف.

فهذه ثلاثُ مسائلَ في هذا الباب.

الحاشية

* قوله: (ولو زادَ: في وقتِ عتقي لهُ)

يعني: لو زادَ المعلقُ في تعليقِهِ قوله: في وقت عتقي له، فيقول: إن أعتقت سالماً، فغانمُ حرٌّ، في وقت عتقي له.

* قوله: (يَرِقَّانِ)

هو بفتح الياءِ المثناة من تحت، وكسر الراء المهملة بعدها، وتشديد القاف، وكسر النون في آخره، ومعناه: لئلا يصيرا رقيقين.

---

(١) ١٥٣/٤.

الفروع

باب الموصى له

تصحُّ لمن يصحُّ تَمْليكُه، ولأهل الذمَّة، ذكره القاضي وغيرُه، والمذهب: ولحربي، كالهبة (ع) وفي «المنتخب»: يصح لأهل الذمة، ودار حرب، نقله ابن منصور، ولمكاتَبه ولمدبَّره، ويُقدَّمُ عتقُه على وصيته لعبده[1] القِنِّ بمُشاع. وقال القاضي: يعتق بعضه، ويملك منها بقدْرِه، ولأمِّ ولده، كوصيته: أنَّ ثُلُثَ قريته وقفٌ عليها ما دامت على ولدها، نقله المروذي، وإن شرطَ عدم تزويجها، ففعلت، وأخذت الوصيةَ، ثم تزوجت، فقيل: تبطلُ، وقيل: لا(م١)، كوصية بعتق أمته على شرطه، ولعبده بمعين، كمُشاع، فعنه:

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله في الوصيةلأم الولد: (وإن شرط عدم تزويجها، ففعلت، وأخذت الوصية، ثم تزوجت، فقيل: تبطل، وقيل: لا) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[2]، و«الشرح»[3]، و«الرعاية الكبرى»:

أحدهما: تبطل، قدمه ابن رزين في «شرحه»، وهو قول الخرقي: إذا أوصى لعبده بجزء من ماله. قال في «بدائع الفوائد» قبل آخره بقريب من كراسين: قال في رواية أبي الحارث: ولو دفع إليها مالاً، يعني: إلى زوجته، على أن لا تتزوَّجَ بعد موته، فتزوجت، تَردُّ المال إلى ورثته. انتهى.

قال المصنف في باب الشروط في النكاح[4]: (وإن أعطته مالاً على أن لا يتزوَّجَ عليها، ردَّه إذا تزوج، ولو دفع إليها مالاً على أن لا تتزوج بعد موته، فتزوجت، ردَّته إلى ورثته، نقله أبوالحارث) انتهى. فقياس هذا النص، أنَّ أمَّ ولده تردُّ ما أخذت من الوصية، إذا تزوجت، وتبطلُ الوصيةُ بردِّها، واختاره الحارثي، وهو الصواب.

الحاشية

....

---

(١) في (ط): «كعبده».

(٢) ٨/٥١٩.

(٣) ١٧/٢٨٣.

(٤) ٨/٢٢٩.

الفروع

كمالِه، وعنه: يُشترى[(١)]، ويَعْتق، والمذهب: لا يصحُّ(م٢).

وعنه: منعها (٢كقن زمنها٢)، ذكره ابن عقيل. وتصح وصيته له بنفسه، أو برقبته، ويعتق بقَبُوله إن خرج من ثلثه، وإلاّ بقَدْرِه، ويصحُّ لعبد إن ملك، وفي «الواضح»: أو لا، وهي لسيده ما لم يكن حرًّا وقتَ مَوْت مُوص، وإن عتق بعده وقبل قبوله، فالخلافُ، ولا يصحُّ لعبد وارثه وقاتله ما لم يَصر حُرّاً وقت نَقْل الملك، ويصحُّ لمكاتب وارثه، ولحَمْل عُلِمَ وُجوُده حين الوصية؛

التصحيح

والقول الثاني: لا تبطل، كوصيته بعتق أمته على أن لا تتزوجَ، فمات، فقالت: لا أتزوج، عَتَقَتْ، فإذا تزوجتْ، لم يبطل عتقُها قولاً واحداً، عند الأكثر. قال الحارثي: ويحتمل أن تُرد إلى الرقِّ، قال: وهو الأظهرُ، ونصره.

قلت: ويحتمل أن تبقى على الحرية، ويؤخذ منها قيمتُها، مراعاة للحقين، ولم أره، والله أعلم.

مسألة ـ ٢: قوله: وتصح (لعبده بمعين، كمشاع، فعنه: كماله، وعنه: يُشترى، ويَعتق، والمذهب: لا يصحُّ). انتهى. المذهبُ عدمُ الصحة، بلا إشكال، وحكيَ عنه أنه يصحُّ، وصرح بهذه الرواية ابنُ أبي موسى فمن بعده، فعلى هذه الرواية، هل[(٣)] يكون كمالِه، أو يشترى من الوصية ويعتق؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يشترى من الوصية ويعتق، وما بقي فهو له، وهو الصحيح، جزم به في «الكافي»[(٤)] وغيره، وقدمه في «الرعاية» وغيره.

والرواية الثانية: يكون كما له.

الحاشية

....

(١) في (ر): «يسري».

(٢ ـ ٢) في (ر): «لقن ذمتها».

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٤) ٤/ ١٥.

الفروع

بأن تأتي به (١لدون ستة١) أشهر من الوصية حيّاً، فإن أتت به لأكثرَ ولا وطء، فوجهان، ما لم يجاوز أكثر مدة الحملِ(م٣).

وكذا لو وصّى به، وإن قال: إن كان في بطنك ذكرٌ، فله كذا، وإن كانت أنثى، فكذا، فكانا، فلهما ما شرط، ولو كان قال: إن كان ما في بطنك، فلا؛ لأنَّ أحدَهما بعضُ حملها لا كلُّه، وقيل: يصحُّ لمن تحمل، ولو وصّى بثُلُثه لأحد هذين، أو قال: لجاري، أو: قريبي[٢] فلان، باسم مُشتَرك، لم يصحَّ، وعنه: يصحُّ*، كقوله: أعطوا ثُلُثي أحدَهما، في الأصحِّ، فقيل:

التصحيح

مسألة ـ ٣: قوله: (ويصحُّ . . . لحَمْل عُلِمَ وجودُه حين الوصيةِ؛ بأن تأتي به لدون ستة أشهر من الوصية حيّاً، فإن أتت به لأكثرَ ولا وطءَ، فوجهان، ما لم يجاوز أكثر مدة الحملِ). انتهى.

وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«المقنع»[٣]، و«شرح ابن مُنجّا»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: تصحُّ الوصيةُ له إذا وضعته لأقلَّ من أربعِ سنينَ، وهو الصحيحُ. قال في «الوجيز»: وتصحُّ لحمل تحقق وجوده قبلها، وصححه في التصحيح، وقطع به في «المغني»[٤]، و«الكافي»[٥] و «الشرح»[٣]، وهو عجيبٌ منه؛ إذ الكتاب الذي شرحه حكى الخلاف فيه، وأطلقه، وعُذْرُه أنه تابعَ الشيخَ في «المغني»[٤]، وذَهلَ عن كلام المتن، وقدمه في «الخلاصة».

الحاشية

*** قوله (ولو وصّى بثلثِه لأحدِ هذين، أو قال: لجاري، أو قريبي فلانٍ باسمٍ مشتركٍ، لم يصحَّ، وعنه: يصحُّ)،**

قال المصنِّفُ في «أصوله»، في العمومِ، في مسألة يجوزُ أن يرادَ بالمشترك معنياه، قال: ولم أجد

(١ـ١) في (ر): «لستة».

(٢) في (ر): «قريبي».

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٢٩٢.

(٤) ٨/ ٤٥٦.

(٥) ٤/ ١٤.

الفروع يُعيِّنُه الورثةُ، وقيل: بقرعة(م٤).

التصحيح والوجه الثاني: لا تصحُ الوصيةُ له؛ لأنه مشكوكٌ في وجوده، ولا يلزم من لحوق[1] النسب صحَّةُ الوصيةِ.

مسألة ـ ٤: قوله: (ولو وصى بثُلُثه لأحد هذين، أو قال: لجاري، أو قريبي فلانٍ، باسمِ مشتَرَكٍ، لم يصحَّ، وعنه: يصحُ، كقوله: أعطوا ثُلُثِي أحدَهما، في الأصحِّ، فقيلَ: يعيِّنُه الورثةُ، وقيل: بقرعةٍ) انتهى. وأطلقهما في «القواعد الأصولية»:

أحدهما: يُعَيِّنُه الورثةُ، قطع به في «الرعاية الكبرى».

الحاشية خلافاً عندنا لو وصى بثلثه لجاره، أو قريبه فلان باسم مشترك، لم يعم، وهل تصحُ الوصيةُ أم لا؟ فيه روايتان عن أحمدَ، فإن صحت، فقيل: يعينه الورثةُ، وقيل: يقرع. ويتوجه العمومُ إن قيل به هنا، ويحتمل مطلقاً، لعمومه بالإضافة، ولا يتحقق مانع، وقال القاضي علاءُ الدين البعلي في «قواعده»، في قاعدة المفرد المضاف يعم مقتضى القاعدة: أنه يصرفُ إليهما، يعني فيما إذا قال: أوصيت لجاري محمد، وله جاران بهذا الاسم، فقوله موافق للاحتمال الذي ذكرهُ المصنِّف في «أصوله».

واعلم أنه يظهر لي أن ما قالاه ضعيفٌ جدّاً؛ لأن العمومَ ارتفعَ بقوله: محمد، أو خالد، مثلاً، وحيث ارتفعَ العمومُ تخصَّص لصاحب الاسم، وذلك الاسمُ لا يعمُّ كلَّ من اسمُهُ ذلك؛ لأنه علمُ شخص فلا يتناولُ إلاّ شخصا واحداً، وليس من قبيل المشترك؛ لأنَّ المشتركَ أن يكون اللفظُ الواحدُ معناه متعدد، كالعين والقرء على ما ذكروه في تقاسيم الألفاظ، وأمّا العلمُ فإنَّ معناهُ واحدٌ، فالأشخاصُ المسمَّى كل واحد منهم بمحمد اسم كل واحد منهم غيرُ اسم الآخر، ولكنَّ الألفاظ متشابهةٌ، فصار كأنّه قال: أوصيتُ لشخص واحد اسمُه محمدٌ، وحصل الإبهامُ بمشابهةِ الألفاظِ فيبطلُ، أو يعطاهُ واحدٌ، على الخلاف. وذكرَ في حاشية أخرى ما صورتُه: وقد ذكرُوا في الوقف، فيما إذا وقف على ولده فلان وفلان، وله ثالثٌ لم يذكرْهُ: أن منصوص أحمدَ أن الثالثَ الذي لم يذكرْهُ، يشاركُ بقيةَ الأولاد؛ لأن ولدَه يعمُّ الجنسَ، والتصريحُ بذكر البعض بعد ذلك لا يُبْطلُ العمومَ المتقدمَ، فلو قيل هنا كذلك، لم يكنْ بعيداً، ولعلَّ هذا موافقٌ لقول المصنِّف في «أصوله»، ويحتملُ مطلقاً لعمومه بالإضافة، ولا يتحقق مانعٌ.

---

(١) في (ح): «حقوق» وفي (ط): «الحقوق».

٢/ ٨١ وجزم/ ابن رزين بصحتها لمجهول ومعدوم، وبهما، وجزم الشيخ في
الفروع «فتاويه» في الصورة الأولى، بأنه لا يصح، واحتجّ به على أنه لا يصحُّ رجوعُه عن إحداهما، فعلى الأولى، لو قال: عبدي غانمٌ حرٌّ بعد موتي وله مئةٌ، وله عبدان بهذا الاسم، عتق أحدهما بقرعة، ولا شيءَ له، نقله يعقوب وحنبل، وعلى الثانية هي له [١]من ثلثه[١]، اختاره أبوبكر، ولو وصى ببيع عبده لزيد أو [٢]لعمرو أو[٢] لأحدهما، صح، لا مطلقاً، ولو وصى له بخدمة عبده سنة ثم هو حر فوهبه الخدمة أو رد عتق منجزاً، وذكر الشيخ: لا، وإن قتل الوصي الموصي ولو خطأ، بطلت، ولا تبطل وصيته له بعد جرحه، وقال جماعة: فيهما روايتان، ومثلها التدبير، فإن جعل عتقاً بصفة، فوجهان(م٥).

التصحيح والقول الثاني: [٣]يعين بالقرعةِ[٣]، قطع به ابن رجب في «قواعده»، وهو الصواب.

مسألة ـ ٥: قوله: (وإن قتل الوصيُّ الموصي ولو خطأ، بطلت، ولا تبطلُ وصيَّتُه له بعد جرحه. وقال جماعة: فيهما روايتان، ومثلها التدبير، فإن جعل عتقاً بصفة، فوجهان) انتهى الكلام عن الوجهين.

قال في فوائد «القواعد»: إذا قتل المُدَبَّرُ سيِّدَه، ففيه طريقان:

١٦٧ أحدهما: بناؤه على/ الروايتين [٤]إن قلنا: هو عتق بصفة، عتق، وإن قلنا: وصية، لم يعتق. وهي طريقة ابن عقيل وغيره.

والطريقة الثانية: لا يعتق على الروايتين[٤]، وهي طريقة القاضي؛ لأنَّه لم يعلقه على موته بقتله إياه. انتهى.

الحاشية ....

(١ـ١) ليست في (ر).

(٢ـ٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣ـ٣) في (ط): «تعين القرعة».

(٤ـ٤) ليست في (ط).

الفروع

وتصحُّ لمسجد، ويصرفُ في مصلحته، فلو قال: إن متُّ، فبيتي للمسجد، أو: فأعطوه مئةً من مالي له، تَوَجَّه صحَّتُه، وتصحُّ بمصحف ليقرأ فيه، ويوضع بجامع، أو موضع حريزٍ، نص عليه. وتصح[1] لفرس حبيسٍ، ما لم يرد تمليكه، فإن مات، فالبقيةُ للورثة لا لفرس حبيس، في المنصوص، كوصيته بعتقِ عبدِ زيدٍ، فتعذر، أو بشراءِ عبدٍ بألفٍ، أو عبدِ زيدٍ بها، في المنصوص فيه، فاشتروه بدونها، ولو وصَّى بعتق نَسَمَةٍ بألفٍ، فأعتقوا نسمةً بخمس مئةٍ، لزمهم عِتقُ[2] أخرى بخمس مئة، في الأصحِّ، ذكره في «الترغيب»، وإن قال: أربعة بكذا، جاز الفضل بينهم[3]، ما لم يسم ثمناً معلوماً، نص عليه.

التصحيح

قلت: وهذا الثاني هو الصوابُ، ولكن قد يقال: ليست هذه عينَ مسألةِ المصنف. وقال في «المحرر»: إذا قتل الموصَى له الموصِي بعد وصيته، بطلت، وكذلك التدبير. وقال في «الرعايتين»، و«الحاوي»: ومن قتل من وصَّى له بشيءٍ، أو من دبَّره، بطلا، فقدما ذلك، وأطلقا.

قلت: الصحيحُ من المذهب عدمُ العتق، والقولُ بعتقه ضعيفٌ، والله أعلم.

وقال في «المغني»[4]، و«الشرح»[5]: وإذا مات السيدُ بعد جنايته، وقبل استيفائها، عتق على كلِّ حال، سواءٌ كانت مُوجِبةً للمال أو للقصاص؛ لأنَّ صفةَ العتقِ وُجدت فيه، فأشبه ما لو باشره. انتهى.

ولكن قد يقال: إن الجنايةَ على غير سيده في هذه الصورة.

فهذه خمسُ مسائلَ.

الحاشية

....

---

(١) ليست في الأصل.

(٢) في (ر): «عن».

(٣) في الأصل: «بينهما» وفي (ر): «بينها».

(٤) ١٤/ ٤٣٨.

(٥) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٩/ ١٨٦.

الفروع

ولو وصى بعتقه، ووصيةٍ، فأعتقه سيِّدُه، أخذ العبدُ الوصيةَ، نقل صالح معناه، ولو وصى بعتق عبد بألفٍ، اشترى بثُلُثه إن لم يخرج، ولو وصى بشراء فرسٍ للغزو بمعينٍ وبمئة نفقة له، فاشترى بأقل منه، فباقيه نفقةٌ لا إرثٌ، في المنصوص، وتصحُّ لفرس زيدٍ وإن لم يقبله، ويصرفُه في علَفِه.

ولو وصَّى بشيء لزيد، وبشيء للفقراء، أو جيرانه، وزيد منهم، لم يشاركهم، نص عليهما، ولقرابته وللفقراء، لقريبٍ فقيرٍ سهمان، ذكره أبوالمعالي، ويتوجَّهُ تخريجُ حكم كُلِّ صورة إلى الأُخرى، ولو وصَّى له، وللفقراء بثُلُثه، فنصفان، كَلَهُ ولِلّهِ، وقيل فيه: كله له.

وقيل في الأولى: كأحدهم، كَلَهُ وإخوته، في وجه، ولو وصى لحيٍّ، وميت فنصفُه للحيِّ، وقيل: كَلَهُ مع علمه بموته إن لم يقل: بينهما، كالمنصوص في: له ولجبريل أو الحائط، وله وللرسول، فنصفُ الرسول في المصالح.

فصل

لا قَبُولٌ ولا ردٌّ لموصى له في حياة الموصِي، ولا ردَّ بعد قَبُوله*، وفيه

التصحيح

....

الحاشية

* قوله: (ولا ردَّ بعدَ قَبُولِه) إلى آخره،

قال في «المغني»[1]: إن ردَّ بعدَ القبولِ وقبلَ القبضِ، فإن كان مكيلاً أو موزوناً، صحَّ الردُّ؛ لأن ملكَهُ لا يستقرُّ عليه قبلَ قبضِهِ، فأشبه ردَّهُ قبلَ القبولِ، وإن كان غيرَ ذلك؛ لم يصحَّ الردُّ؛ لأن ملكَهُ قد استقرَّ عليه فهو كالمقبوضِ. ويحتملُ أن يصحَّ؛ بناءً على أن القبض يعتبرُ فيهِ، فجزمَ بالوجهِ الذي ذكرَهُ المصنِّف. وفهمَ من كلامِهِ أن ما يعتبرُ قبضُهُ يصحُّ ردُّه قبل القبضِ، وما لا فلاً؛ لقولِهِ: بناءً على أن القبضَ معتبر فيه، فعلى هذا يجيءُ التفصيلُ المذكورُ في القبضِ، والخلافُ على ما مرَّ في البيعِ[2]، و[3] الهبةِ[4]،

(١) ٨/ ٤١٥.

(٢) ٦/ ٢٧٨.

(٣) في (د): «أو».

(٤) ص ٣٩٥.

الفروع وجهٌ فيما كيلَ أو وُزنَ، وقيل: وغيره، وإن لم يقبل، فكمتحجِّر مواتاً. ويبطل بموته قبل الموصي أو ردِّه بعده، وإن مات بعده، قبل قَبُوله أو[1] ردِّه، فوارثُه كهو، وعنه: تبطل، نصره القاضي وأصحابُه، وإن طلبه وارث بأحدهما وأبى[2]، حكم عليه بردٍّ، وقيل: ينتقل بلا قَبُول، كخيار، وقبولُ الوصية كهبة.

قال أحمد: هما واحدٌ، وذكر الحلواني عن أصحابنا: يملكها بلا قَبُولِه، كميراثٍ، وفي «المغني»[3]: وطؤه قَبُولٌ، كرجعةٍ، وبيعِ خيارٍ، ومتى ردَّ أو قال: لا أقبله، فتركةٌ[4] وليس له تخصيصُ أحدٍ، ونصيب من لم يقبل ممن يمكن تعميمهم للورثة، ويملكه الوصيُّ، ونماء منفصل منذ قبله، ذكره الشيخ أنه المذهب ونصره القاضي وأصحابه فهو قبله للورثة فيزكوه، وقيل: للميت، وقيل منذ مات الموصي فيزكيه، وعنه: نتبينه إذا قَبِلَه، وعليه والذي قبله* لو قبله وارثه، كان ملكاً لموروثه، ويثبت حكمُه، وتبطل بتَلَفِه قبل قَبُولِه، مطلقاً.

وإن تلف غيره، فللوصي كله، ذكره الشيخ، وقال غيره: ثلثه إن ملكه

التصحيح ....

الحاشية ووجهُ عدمِ صحةِ الردِّ على ما قدمه المصنِّفُ أنه دخلَ في ملكه، فلم يصحَّ رده كالميراثِ.

* قوله: (وعليه والذي قَبْلَهُ)

أي: على هذا القولِ والقولِ الذي قبلَهُ.

---

(١) في (ر) و(ط): «و».

(٢) في النسخ الخطية «إنما»، والمثبت من (ط).

(٣) ٨/ ٤٢٢.

(٤) في الأصل: «فتركه».

الفروع

بقَبُوله، ويقوم بسعره وقتَ الموتِ، ذكره جماعةٌ، وقال في «المجرد»[١]: على أقل صفاته إلى القَبُولِ على الأخير، وعلى أنه للورثة، أو للميت يوم القَبُول سعْراً وصفةً.

وفي «الترغيب» وغيره: وقت الموت، وأنَّه يعتبرُ قيمةُ تركه[٢] الأقلَّ من موت إلى قَبْضِ وارث، ويحتمل وقتَ موت، وإن لم يكن له غيرُه إلاّ مالٌ غائبٌ أو دَيْنٌ، أخذ ثُلُثَ المعيَّنِ، في الأصحِّ، ومن بقيته بقَدْر ثُلُث ما يحصلُ إلى كماله، ومثله المدبَّرُ، ذكره أصحابُنا.

وفي «الترغيب»: فيه نظرٌ، فإنه يلزم من تنجيز عتقِ ثُلُثه تسليمُ ثُلُثَيْه إلى الورثة، وتَسليطُهم عليهما مع توقُّعِ عتقهما بحضور المال، وهذا سهوٌ منه. قال: وكذا إذا كان الدَّيْن على أحد أخوي الميت ولا مال له غيرَه، فهل يبرأ عن نصيب نفسه قبل تسليم نصيب أخيه؟ على الوجهين.

والنماءُ المتصلُ يتبعُ العين، وإن تلف بعضُ العبد المعين، فله بقيَّتُه، وقيل: ثُلُثُها، كثُلُث ثلاثة أعْبُد استحقَّ منهم اثنان، وقيل: له الباقي أيضاً، ولو وصَّى له بثُلُث صُبْرَة مكيل، أو موزون فَتلفَ ثُلُثاها، فله الباقي، وقيل: ثُلُثُه.

ومن أوصى بعتق عبد بعينه، لم يعتق حتى يعتقَه وارثُه، فإن أبى، فحاكمٌ، وكسبه بين الموت والعتق إرثٌ، وذكر جماعةٌ: له، ويتوجه مثله في موصًى بوقفه، وفي «الروضة»: الموصَى بعتقه ليس بمدبَّر، وله حكم المدبَّر في كل أحكامه، والله أعلم.

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) في (ر): «المحرر».

(٢) في (ر): «تركة».

الفروع

باب الموصى به

يعتبرُ إمكانُه. وفي «الترغيب» وغيره: واختصاصُه به، فلو وصَّى بمال غيره، لم يصحَّ، ولو ملكه بعدُ، وتصحُّ بما يعجز عن تسليمه، وبإناء ذهب وفضة، وبزوجته، ووقتُ فسخ النكاح فيه الخلاف، وبما تحمل شجرتُه أبداً أو إلى مدة، ولا يلزم الوارثَ السقيُ؛ لأنَّه لم يَضمن تسليمَها، بخلاف مشتر، فإن تحصل شيءٌ فله، وإلاّ بطلت، ومثله: بمئة لا يملكها إذن.

وفي «الروضة»: إن وصَّى بما تحمل هذه الأمَةُ أو هذه النخلةُ*؛ لأنَّه وصيةٌ بمعدومٍ، والأشهر: وبحمل أمَتِه*، ويأخذ قيمتَه*، نص عليه، قيل: يدفع أجرةَ حضانةٍ، وإن لم يحصل شيءٌ؛ بطلت، وبمباحِ نفعُه، كزيت نَجِسٍ، وله ثُلثُه، وقيل: كله مع أقلِّ مالٍ له غيره*، وكذا كلبُ الصيدِ،

التصحيح ....

الحاشية

* قوله: (أو هذه النخلةُ) لم يصحَّ؛ لأنه وصيةٌ؛ لفظة (لم يصحَّ)، محذوفة من النسخِ، والصواب ذكْرُها كما في الأصل.

* قوله: (وإن وصَّى بما تحملُ هذه الأمةُ) إلى قوله: (والأشهرُ: وبحملِ أمتِه).

إذا وصى بحمل أمته وهي غيرُ حاملٍ، لم تصحَّ الوصيةُ، لأنَّ ذلك يتناولُ الحملَ الموجودَ حالَ الوصية، فإذا لم يكن/ موجوداً تبينا أنه لم يوصِ بشيء، بخلاف ما إذا أوصَى بما تحملُ أمتُهُ فإنه يصحُّ لأنه يتناولُ الحملَ المتجدد والوصيةُ بذلكَ صحيحةٌ على المرجح، وهذا مذكورٌ عند قول الخرقي: والوصيةُ بالحمل وللحمل جائزةٌ إذا كان موجوداً. ١٧٨

* قوله: (ويأخذ قيمَتَهُ)

أي: قيمةحمل الأمة الذي أوصى له به، ولم أجد هذا النقلَ في غير هذا الكتاب، ولعل وجهَهُ مراعاةُ عدمِ التفرقة بين ذوي الأرحام في الملكِ.

* قوله: (مع أقلِّ مال لهُ غيره)

(غير) بالجر صفة (لمال).

الفروع

وحفظ ماشيةٍ وزرعٍ*، وقيل: وبيوتٍ* والأصحُّ: وتربيةُ صغيرٍ لأحدها[1]، وإن لم يصد به أو يصيد إن احتاجه، أو لحفظِ ماشيةٍ وزرعٍ إن حصل، فخلافٌ(م١).

وفي «الواضح»: الكلبُ ليس مما يملكُه، وفي طريقة بعضِ أصحابنا: إنما يصحُّ لملك اليد الثابت له، كخمر تخلَّلَ، ولو مات من في يده خمر، وُرث عنه، فلهذا يُورثُ الكلبُ، نظراً إلى اليد حسّاً، وتصحُّ بمجهول، كعبد، وشاة[2]، ويُعطى ما يقع عليه اسمه لغةً، وقيل: عُرْفاً. واختاره

التصحيح

مسألة ـ ١: قوله: (وبمباح نفعُه. . . ككلب صيد وحفظ ماشية وزرع، وقيل: وبيوت، والأصحُّ: وتربيةُ صغير لأحدها، وإن لم يصد به، أو يصيد إن احتاجه، أو لحفظ ماشية وزرعٍ إن حصل، فخلافٌ) انتهى. ذكر الخلاف في «المغني»[3]، و«الشرح»[4]، احتمالين مطلقين في كتاب البيع:

أحدهما: تجوز، قدمه في «الكافي»، و«شرح ابن رزين»، وهو الصوابُ، في غير المسألة الأولى، وجعل في «الرعاية الكبرى» الكلب الكبير الذي لا يصيد به لَهْواً[5] كالجَرْوِ الصغير، وأطلق الخلاف فيه، وجزم بالكراهة في «آداب الرعايتين»، قلت: الجواز من غير أن يصيدَ ولا أعَدَّه للصيد بعيدٌ، ويدل عليه الحديثُ[6].

الحاشية

*** قوله: (وحفظ ماشية وزرع).**

أي: وكلبُ حفظِ ماشيةٍ وزرعٍ.

*** قوله: (وقيل: وبيوت).**

التقدير: وقيل: وحفظ بيوت.

(١) في الأصل: «لأحدهما».

(٢) ليست في الأصل.

(٣) ٦/٣٥٨.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١١/٤٨.

(٥) في (ط): «بل الهواء».

(٦) أخرج البخاري (٥٤٨٠)، ومسلم (١٥٧٤) (٥٦) واللفظ له من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «من اتخذ كلباً إلا كلب زرعٍ أو غنمٍ أو صيدٍ، يَنقص من أجره كلَّ يوم قيراطٌ».

الفروع الشيخ، فشاة عنده أنثى كبيرة، وبعيرٌ وثور عنده للذكر، وجزم به في «التبصرة»، وفي «الخلاف»: الشاةُ اسمٌ لجنسِ الغنمِ، يتناولُ الصغارَ والكبارَ، وقد قال أبوحنيفة: لو حلف: لا أكلت لحم شاة فأكل لحم جَدْي، حَنث، وقال أيضاً: الشاةُ اسمٌ للأنثى، فقيل له: بل للأنثى والذكر، فقال: هذا خلافُ اللغة.

والدابة: خيلٌ وبغالٌ وحميرٌ، فتُقَيَّدُ يمينُ من حَلَفَ: لا يركب دابةً بها. وفي «الترغيب» وجهٌ في وصية بدابةٍ يعتبرُ عُرْفُ/ البلدِ، وحِصانٌ* وجَمَلٌ: ذكرٌ، وناقةٌ وبقرةٌ: أنثى. وفي «التمهيد» في الحقيقة العرفية: الدابةُ للفرس عُرْفاً، والإطلاق ينصرفُ إليه. وقاله في «الفنون» عن أصولي، يعني: نفسَه، قال: لنوعِ قوةٍ في الدبيب؛ لأنه ذُو كَرٍّ وفَرٍّ، وإن قال: من عبيدي، فعنه: يعيِّنُه الورثةُ، وعنه: القرعةُ(م٢). ٢/٨٢

التصحيح والقول الثاني: يحرمُ، وهو أقوى فيما لم يُرد الصيدُ به ألبتةَ.

مسألة ـ ٢: قوله: (وإن قال: من عبيدي، فعنه: يُعيِّنه الورثةُ، وعنه: القرعةُ) انتهى. وأطلقهما في «المذهب»:

إحداهما: يعطيه الورثةُ ما شاؤوا، وهو الصحيحُ من المذهب، نص عليه في رواية ابن منصور، واختاره القاضِي، وأبوالخطاب، والشريف أبوجعفر في «خلافيهما»، والشيرازي، والشيخ الموفق، وابن عبدوس في «تذكرته»، وغيرهم، وصححه الناظم،

الحاشية * **قوله: (وحصانٌ)**

بكسر الحاء، وهو من الخيل، وأمّا قولُ حسان رضي الله عنه، في مدح عائشة رضي الله عنها[1]:

حَصانٌ رَزَانٌ ما تُزَنُّ بِرِيبةٍ ... وتصبح غَرثى[2] من لُحومِ الغوافلِ

فهو بفتح الحاء، والمراد به: العفيفة.

(١) ديوان حسان بن ثابت رضي الله عنه ص١٨٨.

(٢) في (د): «غرقى».

الفروع

وفي «التبصرة»: هما في لفظ احتمل معنيين، قال: ويحتملُ حملَه على ظاهرهما، وقوله: أعتقوا عبداً: فمجزي عن كفارةٍ. ونقل صالح: بثمن وسط، وأحد عَبِيدي، كوصية، وقيل: مجزي عن كفارة، ونقل ابن منصور: القرعةُ هنا، وجزم به ابن عقيل، وغيره. وقال في «المستوعب»: للعبيد تعيينُ عتق أحدهم، فإن هلكوا إلاّ واحداً تعيَّن وصية، وقيل: بقرعة، وإن لم يملكه، بطلت، وقيل: يُشترَى، كعبد من مالي، وكالمنصوص في: أعطوه مئة من أحد كيسي، فلم يُوجد فيهما شيء، وإن ملكه قبل موته، فوجهان(م٣).

وإن قتلوا[1] بعد موته، غرم قاتله له قيمة واحد بقرعة واختيار الورثة، وإن وصَّى بكلب أو[2] طبل، فله المباحُ، وإلاّ لم يصحَّ، ولو وصَّى له بقوس وله أقواس ولا قرينة، فله قوسُ نشّاب، وقيل: ووَتَرُها، جزم به في «الترغيب»، وقيل: كأحد عبيده، وقيل: غير قوس بندق، وقيل: ما يرمي به عادة.

التصحيح

وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير».

والرواية الثانية: يُعطَى واحدٌ بالقرعة، اختاره الخرقي، وابن أبي موسى، وصاحب «المحرر» وغيرهم.

مسألة ـ ٣: قوله: (وإن لم يملكه، بطلت، وقيل: يشترى. . . وإن ملكه قبل موته، فوجهان) انتهى. يعني: إذا أوصى له بعبد ولم يملكه ثم ملكه قبل موته، وأطلقهما في «الشرح»[3]، و«شرح الحارثي»، و«الفائق»:

أحدهما: يصحُّ، وهو الصحيحُ، جزم به في «الحاوي الصغير»، وقدمه في «الرعايتين».

والوجه الثاني: لا يصحُّ، كمن وصَّى لعمرو بعبدٍ ثم ملكه.

الحاشية

....

---

(١) في الأصل: «قبلوا».

(٢) في الأصل: «و».

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٣٥٤.

الفروع

ولو وصَّى من لا حجَّ له أن يُحَجَّ عنه بألفٍ، صُرِفَ من ثُلُثِه مؤونةَ[١] حجَّةٍ بعد حجه[٢] راكباً أو راجلاً، نص عليه، حتى ينفذ، وعنه: مؤونةَ حجَّةٍ وبقيَّتُه إرثٌ، ونقل ابن إبراهيم: بعد حجه للحج أو سبيل الله، فإن لم يَكْفِ الألفُ أو البقيةُ فمن حيثُ يَبْلُغُ، وعنه: يُعان به في حجَّةٍ، وعنه: يُخَيَّرُ، وإن قال: حجةٌ بألفٍ فكلُّه لمن يحجُّ، عيَّنَه أولا، وقيل: البقيةُ إرثٌ. جزم به في «التبصرة»، وإن أبى المعيَّنُ الحجَّ، فقيل: يبطل، وقيل: في حقِّه[م٤]، كقوله: بيعوا عبدي لفلان[٣]، وتصدقوا بثمنه، فلم يقبل[٤]، وكما لو لم

التصحيح

مسألة ـ ٤: قوله: (وإن أبى المعيَّنُ الحجَّ، فقيل: تبطلُ، وقيل في حقِّه) انتهى

أحدهما: تبطل الوصيةُ من أصلها، وهو احتمالٌ في «المغني»[٥]، و«الشرح»[٦]، و«الرعاية»، وهو ظاهر ما جزم به في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»، في إحدى نسختيه، وجزم به في «المحرر»، و«المنور»، وصححه الحارثي.

والوجه الثاني: تبطل في حقِّه لا غير، ويُحَجُّ عنه بأقلَّ ما يمكن من نفقةٍ أو أجرةٍ، والبقيةُ للورثةِ، وهذا هو الصحيحُ من المذهب، وعليه أكثرُ الأصحاب، وفي بعض نسخ «المقنع»[٦]: لم يعطه، وبطلت الوصيةُ في حقِّه، وبه قطع في «الكافي»[٧]، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، و«النظم»، و«الوجيز»، وغيرهم، وقدمه في «الرعاية الكبرى»، و«الفائق»، و«المغني»[٨]، و«الشرح»[٦]،

الحاشية

....

(١) ليست في الأصل.
(٢) في (ر): «أخرى»، و(ط): «أدرى».
(٣) بعدها في (ر): «بألف».
(٤) في (ر): «يقبله».
(٥) ٨/٥٤٧.
(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/٣١٩.
(٧) ٤/٥٥.
(٨) ٨/٥٤٦.

الفروع

يقدر الموصى له بفرس في السبيل على الخروج، نقله أبوطالب، ويحج غيره بأقل ما يمكن نفقةً، أو أجرةً، والبقيةُ للورثة، كالفرض، وكقوله: حجُّوا عنِّي، وله تأخيرُه لعذر، ولو قاله من عليه حجٌّ، صرفت الألفُ كما سبق. وحسب من الثلث الفاضل عن نفقة المثل أو أجرة مثله للفرض. وفي «الفصول»: من وصَّى أن يُحَجَّ عنه بكذا، لم يستحقَّ ما عين زائداً على النفقة؛ لأنه بمثابة جَعَالةٍ، واختاره، ولا تجوز في الحجِّ(☆)*. ومن أوصى أن يُحَجَّ عنه بالنفقة، صحَّ، واختار أبومحمد الجوزي: إن وصَّى بألفٍ يحج بها، صُرف في كلِّ حَجَّةٍ قَدْرَ نفقتِه حتى ينفد[1]. ولو قال: حُجُّوا عنِّي بألفٍ، فما فضل للورثة، ولو قال: يحُجُّ عنِّي زيدٌ بألفٍ، فما فضل وصية له إن حجَّ، ولا يُعطى إلى أيام الحجِّ، قاله أحمد. نقل أبوطالب: اشترى به متاعاً يتجر به؟ قال: لا يجوزُ[2] قد خالفَ، لم يقل: اتجر به*. ولا يصحُّ أن يحج

التصحيح

ونصراه، وذكر في «النظم» قولاً: إنَّ بقيةَ الألفِ للذي حجَّ.

(☆) تنبيه: محلُّ الخلافِ إذا كان الموصِي قد حجَّ حجةَ الإسلام، أمّا إذا لم يكن الموصي قد حجَّ حجةَ الإسلامِ، فإنَّ غير[3] المعين يُقام بنفقة المثل، والبقيةُ للورثة، قولاً واحداً، وقد صرَّح بذلك المصنفُ بعد هذا، والله أعلم.

الحاشية

* **قوله: (ولا تجوزُ في الحج).**

أي: الجعالة.

* **قوله: [4](لم يقل: اتَّجِرْ به)[4].**

أي: الموصي لم يقل في وصيته: (اتجر به) فلهذا منع من المتَّجر به.

(١) في النسخ الخطية: «لينفذ»، والمثبت من (ط).

(٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٣) في (ط): «عين».

(٤-٤) في النسخ الخطية: «لم يتَّجر به» والمثبت من «الفروع».

الفروع وصيٌّ بإخراجها، نص عليه. قال: لأنه منفذ*، كقوله: تصدق عني به[١]، لا يأخذ منه، وكما لا يحج على دابة مُوصى بها في السبيل، ولا يحج وارثٌ، نص عليه، واختار جماعةٌ: بلى إن عيَّنَه، ما لم يزد على نفقتِهِ. وفي «الفصول»: إن لم يعيِّنه، جاز، وقيل له في رواية أبي داود: وصَّى أن يُحَجَّ عنه، قال: لا؛ لأنه كأنه وصيَّةٌ لوارث، ولو وصَّى بحجَج[٢] نفلاً، ففي صحَّةِ صَرْفها في عام وجهان(م٥).

التصحيح مسألة ـ ٥: قوله: (ولو وصَّى بحجج نفلاً، ففي صحة صرفها في عام) واحد (وجهان) انتهى:

أحدهما: يجوز صرف ذلك في عام واحد، وهو الصحيحُ، اختاره القاضي، وابن عقيل، والسامري، نقله عنهم الحارثي، وقال: وهو أولى، وصححه ابن نصر الله في «حواشيه»، وقال: إلاّ أن تقوم قرينةٌ على خلاف ذلك. قال في «الوجيز»: وإن وصَّى بثلاثة حجج إلى ثلاثة في عام واحد، صحَّ، وأحرم النائبُ بالفرض أولاً إن كان عليه فرضٌ. انتهى.

والوجه الثاني: لا يجوز، قدمه في «الرعاية»، فقال: لو وصَّى بثلاث حجج، لم يكن له أن يصرفها إلى ثلاثةٍ يَحُجُّون عنه في عامٍ واحدٍ، ويحتمل أن يصحَّ إن كانت نفلاً. انتهى.

وقال المصنف في باب حُكمِ قضاءِ الصومِ[٣]: (وحكى أحمدُ عن طاوسَ جوازَ صومِ جماعةٍ عنه في يوم واحدٍ، ويجزئ عن عدتهم من الأيام، قال: وهو أظهرُ، واختاره المجد، قال: فدلَّ ذلك أن من أوصى بثلاث[٤] حِجَجٍ، جاز صرفُها إلى ثلاثةٍ

الحاشية * قوله: (ولا يصحُّ أن يَحُجَّ وصيّ بإخراجها، نص عليه، قال: لأنه منفذٌ)

أي: إذا أوصى إليه أن يخرج عنه حجة، ليسَ للوصيِّ أن يحجَّ هو؛ لأنه وصيٌّ بالإخراج لا بالحج.

---

(١) ليست في (ر).

(٢) في (ر): «الحج».

(٣) ٥/ ٧٣ ـ ٧٤.

(٤) في (ط): «بثلاثة».

الفروع

ولو وصَّى بدفن كُتُبِ العلمِ، لم تُدفن، قاله أحمد، وقال: ما يعجبني. ونقل الأثرم: لا بأس، ونقل غيره: تحسب من ثُلُثه، وعنه: الوقف، قال الخلال: الأحوط دفنُها، ولو وصى بإحراق ثلث ماله، صحَّ، وصُرف في تجمير الكعبة، وتنوير المساجد، ذكره ابن عقيل.

قال هو أو ابنُ الجوزي: وفي التراب، يصرف في تكفين الموتى، وفي الماء، يُصرف في عمل سُفُن للجهاد، وقال ابنُ الجوزيِّ إما من عنده أو حكاية عن الشافعي ولم يخالفه: لو أن رجلاً وصَّى بكتبه من العلم لآخر، وكان فيها كتبُ الكلام، لم تدخل في الوصية؛ لأنَّه ليس من العلم.

فصل

إذا وصَّى بثلثه، عمَّ*، وعنه: يعمُّ المتجدد مع علمه به، أو قولِه: بثُلُثِي يوم أموتُ، وديته[1] مطلقاً له، كصيد وقع بعد موته في أُحبُولَةٍ نَصَبَها، خلافاً «للانتصار» وغيره، وإن تلف بها شيءٌ، فيتوجَّه في ضمان الميت الخلافُ، وسبق في الغصب[2] ضمانُه ببئرٍ حفرَها في فنائِه.

والظاهر: أن هذا قاله منْ قال: يملكُ صيداً وقع بعد موته في أُحبولَةٍ

التصحيح

يحجون عنه في سنةٍ واحدةٍ، وجزم ابن عقيل بأنه لا يجوز؛ لأن نائبه مثلُه، وذكره في «الرعاية» قولاً، ولم يذكر قبله ما يخالفُه، ذكره في فصل استنابة المعضوب، من باب الإحرام، وهو قياسُ ما ذكره القاضي في الصوم). انتهى كلام المصنف، ولم يستحضر تلك الحال ما ذكره في «الرعاية» في باب الموصَى به، ونقل عن ابن عقيل خلاف ما نقله عن الحارثي، ولعلَّ له قولين، والله أعلم.

الحاشية

* قوله: و(إذا وصَّى بثلثِهِ عمَّ)

أي: جميع مالِهِ الموجودِ، والمتجددِ.

---

(١) في الأصل: «دينه».

(٢) ص ٢٥٨.

الفروع نَصبها، وإلاّ فلا فرق. قال أحمد: قضى النبيُّ ﷺ أنَّ الديةَ ميراثٌ[١].
وعنه: هي لورثتِه، قال: لأنها إنما تجبُ بعد موته.

ولو وصى بمنفعةِ أمته أبداً و[٢] لآخر برقبتها، أو بقائها* تركةً، صحَّ، ولمالك رقبتها بيعُها، كعتقها، وقيل: وعن كفارته، كعبدٍ مؤجرٍ*، فيبقى انتفاعُ ربِّ الوصية بحاله، وقيل: يتبع[٣] لمالك نفعها، وقيل: لا، وفي كتابتها الخلافُ(☆)، وله قيمتُها* وولدها وقيمتُه من وطء شبهة، وقيل: هن

التصحيح (☆) تنبيه: قوله فيمن أوصى بمنفعة أمته أبداً: (ولمالك رقبتِها بيعُها كعتقها، وقيل: وعن كفارته. . . فيبقى انتفاعُ رب الوصية بمنفعتها بحاله، وقيل: يتبع[٤] لمالك نفعها، وقيل: لا[٥]، وفي كتابتها الخلافُ) انتهى.

الحاشية * قوله: (أو بقائها)

أي: بقائها على ملك الورثةِ ولم يوصِ برقبتها.

* قوله: (كعبد مؤجر)

أي: يعتقه المؤجر عن كفاراته، وظاهرهُ: أنه يصحُّ، ويكون النفعُ مدةَ الإجارةِ للمستأجرِ.

* قوله: (وله قيمتُها)

أي: لمالك الرقبةِ قيمتُها حيث وجبت مثل أن تقتل، وتؤخذ قيمتها. وكذلك الولدُ منها، وإن كان من وَطْءِ شبهة، فلهُ قيمتُهُ، ولا شيءَ لمالكِ النفعِ من ذلك على هذا القولِ، وهو قوله: وقيل بمنزلتها، يكون الولدُ رقبتُهُ لمالكِ الرقبةِ ونفعُهُ لمالكِ النفعِ، وكذلك قيمتُها وقيمةُ الولدِ من وطء شبهةٍ يشتري بكلِّ قيمةٍ ما يقومُ مقامَ ما أُخِذَت القيمةُ عنه، فيشتري بقيمةِ الولدِ ما يقوم مقامَه،

(١) أخرج أحمد في «مسنده» (٧٩١)، من حديث عمرو بن العاص، أن رسول الله ﷺ قضى أنّ العقل ميراث بين ورثة القتيل، على فرائضهم.
(٢) في (ط): «أو».
(٣) في (ط): «ببيع».
(٤) في (ط): «يبيع».
(٥) ليست في (ط).

الفروع

بمنزلتها، وعليهما تخرج لو لم يقتص[1] من قاتلها وعفا[2] هل يلزمه القيمةُ؟ وإن جَنَت، سلَّمها هو، أو فداها مسلوبةً، ولا يطأ.

وفي «الترغيب» وجهان، ولمالك نفعها خدمتها حضراً وسفراً، وإجارتها وإعارتها، وقيمةُ المنفعة على وارثها إن قتلها، قاله في «الانتصار»، وفي «التبصرة»: إن قتلت فرقبة بثمنها مقامها، ويحتمل أنه لمالكِ النفعِ، قال: وهو أولى، وقيل: يُحَدُّ بوطئه، وولدُه قِنٌّ، وتزويجها إليهما*، ويجب بطلبهما[3]، ووليُّها مالكُ الرقبةِ، وقيل: هما.

التصحيح

الظاهر: أنه أراد بالخلاف الخلافَ الذي في جواز بيعها. والصحيحُ من المذهب جوازُ بيعها، وقدمه المصنف، فكذلك الكتابةُ على هذا القول؛ فعلى هذا، لا تكون هذه المسألةُ من المسائل التي أطلق فيها الخلاف من وجهين، والله أعلم.

الحاشية

وبقيمتِها ما يقومُ مقامَها، ويأتي كلام «التبصرة»: إن قتلتْ فرقبةٌ بثمنها مقامَها، ويحتملُ أنه لمالك النفعِ، وله قيمتها وولدُها، وقيمتُهُ؛ من وطء شبهة، وقيل: هن بمنزلتها؛ فعلَى القول الأول: لا يكونُ نفعُ الولدِ وقيمتُهُ حيث وجبت لصاحب المنفعةِ، وعلى القولِ أنهنَّ بمنزلتها: تكونُ منفعةُ ذلكَ لمالكِ النفع؛ فعلى الأول: يكون ذلك لمالك الرقبة، وعلى الثاني: يكون الأصل لمالك الرقبةِ، ونفعه لمالكِ النفعِ.

* **قوله: (وتزويجها إليهما)**

يعني: أنه ليسَ لواحد منهما أن يزوجَهَا بغيرِ رضى الآخرِ، فإن اتفقَا على ذلكَ، جازَ، وكذلكَ إذا طلبتْ أن تزوجَ لزمَ ذلك الوليَّ في الزواج حيث جاز، أو لزم هو مالكَ الرقبة، وقيل: هما لقوله: (ووليها مالكُ الرقبة وقيل: هما)، والأول جزمَ به في «المغني»[4].

---

(١) في (ط): «يقبض».
(٢) ليست في الأصل.
(٣) في الأصل: «بطلبه»، و(ط): «بطلبها».
(٤) ٨/٤٦٣.

الفروع

وفي مهرها ونفقتها وجهان* (م٦، ٧).

التصحيح

مسألة ـ ٦ـ٧: قوله: (وفي مهرها ونفقتها وجهان) انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى ـ ٦: مهرُها هل يكون لمالك نفعِها أو رقبتِها، أطلق الخلاف فيه، وظاهر «الشرح»[1] إطلاق الخلاف، وكذا ابن مُنجَّا في «شرحه»:

أحدهما: لمالك الرقبةِ، وهو الصحيحُ، على ما اصطلحناه، اختاره ابن عقيل، والشيخ الموفق، وجزم به في «الوجيز»، وغيره، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير».

والوجه الثاني: لمالك نفعها، وهو المذهبُ، عند أكثر الأصحاب، قال الشيخ في «المغني»[2]، و«المقنع»[1]، وغيرهما: وقال أصحابنا: هو لمالك نفعِها، وجزم به في «المنور»، وغيره، وقدمه في «المحرر»، وغيره، وصححه في «النظم»، و«شرح الحارثي»، وغيرهما. قال في «الفائق»: هذا قول الجمهور.

المسألة الثانية ـ٧: نفقتها هل تجب على مالك نفعِها أو رقبتها؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: تجب على مالك الرقبة، وهو الذي ذكره الشريف أبوجعفر مذهباً لأحمد، وبه قطع أبوالخطاب في «رؤوس المسائل»، وابن بكروس[3]، وصاحب «الوجيز»، وغيرهم، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم.

والوجه الثاني: تجب على مالكِ المنفعةِ، وهو الصحيحُ، صحَّحَه في «التصحيح»، واختاره الشيخ الموفق والشارح، وجزم به في «المنور»، و«منتخب الأدمي»، وقدمه في

الحاشية

* **قوله: (وفي مهرِهَا ونفقتها وجهان)**

أي: مهرها، هل هو لمالك الرقبة أو المنفعة؟ فيه الوجهان، [4]وكذا نفقتها، هل هي على مالك الرقبة أو المنفعة؟ فيه الوجهان[4] ووجه ثالث، أنها في كسبها.

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/٣٦٨.

(٢) ٨/٤٦٢.

(٣) هو: علي بن محمد بن المبارك، أبو الحسن الحنبلي، له مصنفات منها «رؤوس المسائل» و«الأعلام». (ت٥٧٦هـ). «شذرات الذهب» ٤/٢٥٦. «ذيل طبقات الحنابلة» ١/٣٤٨.

(٤ ـ ٤) ليست في (د).

الفروع

ونفعها بعد الوصي لورثته، قطع به في «الانتصار»، وأنه يحتمل مثلُه في هبة نفع داره وسكناها شهراً وتسليمها، وقيل: لورثة الموصي، وهل يعتبر خروج ثمنها من ثلثه؟ أو ما قيمتها بنفعها وبدونه؟ فيه وجهان(م٨).

---

١٦٨ «الخلاصة»/، و«المحرر»، و«النظم»، و«تجريد العناية»، وغيرهم، وقيل: يكون في كسبها، فإن عدم، ففي بيت المال. قال الشيخ في «المغني»[١]، والشارح: فإن لم يكن لها كسب، فقيل: في بيت المال. قال الحارثي: هو قولُ الأصحاب، وقال الشيخُ، والشارحُ عن القول بكونه في كسبها: هو راجعٌ إلى إيجابها على صاحب المنفعة. انتهى.

التصحيح

ولهذا والله أعلم لم يذكر المصنف إلاّ وجهين، وأكثر الأصحاب ذكر ثلاثةَ أوجهٍ، وأطلقها[٢] في «الهداية»، و«المذهب»، و«مسبوك الذهب»، و«المستوعب»، و«الكافي»[٣]، و«المقنع»[٤]، و«شرح ابن مُنجَّا»، وغيرهم.

مسألة ـ ٨: قوله: (وهل يعتبر خروج ثمنها من ثلثه، أو ما قيمتها بنفعها وبدونه؟ فيه وجهان) انتهى.

وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»، و«المغني»[٥]، و«المقنع»[٦]، و«الشرح»[٦]، و«شرح ابن مُنجَّا»، وغيرهم.

أحدهما: يعتبرُ جميعُها من الثلث، وهو الصحيحُ، وهو ظاهر كلامه في «الوجيز»، وصححه في «التصحيح»، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، و«شرح الحارثي»، وغيرهم.

الحاشية

....

(١) ٨/ ٤٦١.

(٢) في (ط): «أطلقهما».

(٣) ٤/ ٥٢.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٣٧٣.

(٥) ٨/ ٤٥٩.

(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٣٦٤ ـ ٤٦٥.

الفروع

وإن وصَّى بنفعها وقتاً، فقيل: كذلك، وقيل: يعتبر وحده من ثلثه؛ لإمكان تقويمه مفرداً(م٩).

ويصح بيعُها، ويصحُّ بمال الكتابة، والولاءُ لسيده، وبالمكاتَب وهو كمشتريه، ويصحُّ به لزيد، وبدَيْنه لعمرو، ويعتق بأدائه، ويملكه زيدٌ بعجزه، فتبطل وصيةُ عمرو مطلقاً فيما بقي، وإن قال: ضعوا نجماً، فما شاء وارثه، وإن قال: أكثر ما عليه ومثل نصفه، وضع فوق نصفه وفوق ربعه، وإن قال: ما شاء، فالكل، وقيل: لا، كما شاء من مالها، وفي «الخلاف» فيمن مات وعليه زكاة: أن الوصيةَ لا تصحُّ بمال الكتابةِ والعقلِ؛ لأنه غيرُ مستقرٍّ، وإن وصَّى بكفارة أيمان، فأقله ثلاثةٌ، نقله حنبل، والله أعلم.

التصحيح

والوجه الثاني: تُقَوَّمُ بمنفعتها، ثم تُقوَّم مسلوبةَ المنفعةِ، فيعتبر مما بينهما، اختاره[1] القاضي، وقدمه في «الخلاصة»، و«النظم».

مسألة ـ ٩: قوله: (وإن وصَّى بنفعها وقتاً، فقيل: كذلك، وقيل: يعتبر وحده من ثلثه؛ لإمكان تقويمه مفرداً) انتهى.

وأطلقهما في «الهداية»، و«المذهب»، و«المستوعب»:

أحدهما: حكمها حكم المنفعة على التأبيد، وهو المسألة التي قبلها، وعليه الأكثرُ، منهم القاضي، وقدمه في «الخلاصة»، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، و«شرح الحارثي»، وغيرهم من الأصحاب.

والوجه الثاني: إن وصَّى بمنفعته على التأبيد، اعتبرت قيمةُ الرقبةِ بمنافعها من الثلث؛ لأن عبداً لا منفعةَ له لا قيمةَ له، وإن كانت الوصيةُ بمدة معلومةٍ، اعتبرت المنفعةُ فقط من الثلث، اختاره في «المستوعب»، فقال: هذا الصحيح عندي.

فهذه تسعُ مسائل في هذا الباب.

الحاشية

....

---

(١) في (ط): «اختار».

باب عمل الوصايا

إذا أوصى له بمثل نصيبِ وارثٍ عيَّنه، فله مثلُ[1] نصيبِه مضموماً إلى المسألة، وفي «الفصول» احتمال ولو لم يرثه موصى بمثل نصيبه لمانعٍ، وإن لم يعيِّنه، فله كأقلِّهم نصيباً مضموماً، فمع ابنٍ/ نصفٌ، ومع زوجةٍ تُسُعٌ، ٢/ ٨٣ وكذا وصيته بنصيبه؛ لأنه أمكن تصحيحُ كلامِه بحمله على الأصل، وهو اعتباره، فنحمله على المجاز، ولأنه لو وصَّى بماله، صحَّ، مع تضمنه الوصية بنصيب الورثةِ، وقيل: لا يصحُّ؛ لأنَّه وصَّى بحقه، كداره وبما يأخذه من إرثه.

وإنما تصحُّ في التولية: بعتكه بما اشتريته به؛ للعُرْف، فيتوجَّهُ الخلافُ في: بعتكه بما باع به فلانٌ عبدَه، ويعلمانه، وقالوا: يصحُّ، وظاهره: يصح البيع، ولو كان الثمنُ عرضاً، وذكر بعضُهم: لا؛ لاستدعاء التولية المثل، وإن قال: كأعظمهم، فله مثله، ذكره في «الترغيب»، وإن وصَّى بمثل نصيب ولده، وله ابن وبنت، فله مثلُ نصيب بنت، نقله ابن الحكم.

وبمثل نصيبِ وارثٍ لو كان، فله مثلُ نصيبه لو كان موجوداً، فمع ابنين الربعُ، ومع أربعةٍ السدسُ، فصحح مسألة عدم الوارثِ، ثم وجوده، ثم اضرب إحداهما في الأُخرى، ثم اقسم ما ارتفع على مسألة وجوده، فما خرج، أضفه إلى ما ارتفع، وهو للموصى له، واقسم ما ارتفع بين الورثة، وكذا العملُ لو وصَّى بمثل نصيب وارث إلاّ بمثل نصيب وارث لو كان، فلو خلَّفَ خمسةَ بنين، ووصَّى بمثل نصيب أحدهم إلاّ بمثل نصيبِ ابنٍ سادسٍ

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) ليست في (ط).

الفروع

لو[١] كان، فاضرب مسألة عدمه خمسةً في مسألة وجوده ستة، يكون ثلاثين، فاقسمه على مسألة[٢] الوجود، لكل واحدخمسةٌ، وعلى العدم، لكل واحد ستةٌ، فقد وصَّى بستة واستثنى خمسةً، فله سهمٌ يضاف إلى الثلاثين، ذكره أبوالخطاب، ومعناه للشيخ، و«المحرر» وغيرهما، وفي بعض نسخ «المقنع»[٣] المقروءة: أربعةُ بنين وصَّى بمثل نصيب أحدهم إلاّ بمثل نصيبِ ابنٍ سادسٍ لو كان، قاله صاحب «النظم».

وأن على هذا، يصحُّ أنه وصَّى بالخُمس إلاّ السدس، كذا قال، مع قوله في النسخ المعروفة: أربعةٌ أوصى بمثل نصيب خامس لو كان إلاّ بمثلِ نصيبِ[٢] سادسٍ لو كان، على قياس ما ذكروا، أوصى له[٤] بالسدس إلاّ السبعَ، فيكون له سهمان من اثنين وأربعين(☆). وكذا قال الحارثي: إنه قياس ما ذكروه، وإن قولهم: أوصى بالخمس إلاّ السدسَ صحيحٌ، باعتبار أنَّ له نصيبَ الخامس المقدر غير مضموم، وأن النصيب المستثنى هو السدسُ،

التصحيح

تنبيهان:

(☆)[٥]الأول: قوله: (أوصى له بالسدس إلاّ السبعَ، فيكون له سهمان من اثنين وأربعين) انتهى.

فقوله: (له سهمان [٦]من اثنين وأربعين[٦]) سَبْقَةُ قَلَم، والصوابُ: سهمٌ مزادٌ على اثنين وأربعين، أو يقال: سهمان مزادان على أربعة وثمانين، فإنها تصحُّ من ذلك[٥].

الحاشية

....

(١) في (ط): «له».

(٢) ليست في (ر).

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/٤١٢.

(٤) ليست في الأصل و(ط).

(٥ ـ ٥) ليست في (ح).

(٦ ـ ٦) ليست في (ط).

الفروع

وهو طريقةُ الشافعية، وما قاله الحارثي صحيح، يؤيده أن في نسخةٍ مقروءةٍ على الشيخ: أربعة، أوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ بمثل نصيب ابن خامس لو كان، فقد أوصى له بالخمس إلاّ السدس.

ويوافق هذا قولَ ابن رزين في ابنين، ووصَّى بمثل نصيب ثالث لو كان، الربع[1]، وإلا مثلُ نصيب رابع لو كان، سهمٌ من أحد وعشرين، ولو وصَّى بضعفِ نصيبِ ابنه، فمثلاه، وبضعفيه[2] بثلاثة أمثاله، وبثلاثة أضعافه أربعة أمثاله، وقال الشيخ: ضِعْفاه مِثْلاَه، وثلاثةُ أضعافه ثلاثةُ أمثاله.

ولو وصَّى بحظٍّ أو قسْط أو نصيب أو جزءٍ أو شيء أعطاه وارثُه ما يتموَّلُ، وبثلثه إلاّ حظّاً، أُعطي ما يصحُّ استثناؤه، وبسهم من ماله، فهو سُدُسُه، ولو كان عائلاً مضموماً إليه، نقله ابن منصور: وقيل: سدسه كله، أطلقه في رواية حرب، وأطلقه في «المحرر»، و«الروضة»، وعنه: له سهم مما تصحُّ منه المسألة مضموماً إليها، اختاره الخرقي(☆)، وعنه: له مثلُ أقلِّهم مضموماً إليها، اختاره الخلال، وصاحبه. وقال القاضي وجماعة: عليهما لا يزاد على السدس، وقال الشيخ: إن صحَّ في لغةٍ أو أثرٍ أنه السدس، فكسدس مُوصى به، وإلاّ فكجزء.

التصحيح

(☆) **الثاني**: قوله فيما إذا أوصى بسهم من ماله: (وعنه: له سهم مما تصح منه المسألة مضموماً إليها، اختاره الخرقي) ليست هذه الرواية باختيار الخرقي، وإنما هي رواية مؤخرةٌ ذكرها، وقدم ما قدمه المصنف فقال: فإذا أوصى له بسهم من ماله، أُعطي السدس، وقد روي عن أبي عبدالله رواية أخرى: يُعطى سهماً مما تصحُّ منه الفريضة. انتهى.

الحاشية

....

---

(١) في (ر): «الثلث».

(٢) ليست في (ط).

الفروع

فصل

وإن وصَّى بجزءٍ معلوم، كثلث، فخذه من مَخْرَجه، واقسم البقيةَ على مسألة الورثة، فإن لم يصحَّ، ضربت المسألةَ أو وَفْقها للبقية في المخرج، فتصحُّ مما بلغ، ثم ما للوصي مضروب في مسألة الورثة أو وَفْقها أو ما لكلِّ وارث في بقية المخرج بعد الوصية، أو في وفْقه، وكذا إن وصَّى بأجزاء تعبر الثلث وأجيزت، وإن ردت، أخذتها من مخرجها، فجعلتَها ثُلُث المال، فإذا وصَّى بنصفٍ وربعٍ، وله ابنان، فأجازا، صحَّتْ من ثمانية، وإن ردَّا، جعلت الثُلُثَ ثلاثة وللابنين ستة، وإن أجازا لأحدهما، ضربتَ مسألةَ الإجازة في مسألة الردِّ، تكن[(١)] اثنين وسبعين.

وللمجاز له سهمٌ من مسألته في الأخرى، وكذا من رد عليه، والباقي للابنين، وإن أجاز ابنٌ لهما وردَّ الآخرُ، فله سهمُه من الإجازة في مسألة الردِّ، ولمن ردَّ سهمه من الردِّ في الإجازة، والباقي للوصيين على ثلاثة، وإن أجاز واحدٌ لواحد، أو كلٌّ واحد لواحد، فاعمل مسألةَ الردِّ، وخذ من المجيز لمن أجاز له ما يدفعه بإجازتهما له، فإن انكسر، فابسط الكلَّ من جنسه، ولو عَبَرَت الوصايا المالَ، فكمسألة عائلة، نص عليه، فنصفٌ وثلثان من سبعة، فالمال يُقسم مع الإجازة عليها، والثلث مع الردِّ، ومال[(٢)] ونصفه من ثلاثة، نص عليه، وجزم به الأكثر، وفي «الترغيب» وجهٌ فيمن وصَّى بماله لوارثه، ولآخرَ بثلثه وأجيز، فللأجنبيِّ ثُلُثُه، ومع الردِّ، هل

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٢) ليست في (ر).

الفروع

الثُّلُثُ بينهما على ثلاثة أو أربعة، أو للأجنبيِّ؟ فيه الخلافُ.

ولو وصَّى لزيد بماله ولعمرو بثلثه، وله ابنان فأجازا، فالمالُ أرباعاً، لزيد نصفٌ وربعٌ، ولعمرو ربعٌ، وإن ردا، فالثُّلُثُ كذلك، ولكلٍّ ابن أربعةٌ.

وإن أجازا لزيد، فلعمرو رُبُع الثُّلُث والبقيةُ لزيد، أعطى له وصيتَه أو الممكنَ منها، وقيل: ثلاثة أرباعه، كالإجازة لهما، وإن أجازا لعمرو، فله تتمَّةُ الثلث، وقيل: تتمَّةُ الربع، ولزيد ثلاثةُ أرباع الثلث، وإن أجاز ابنٌ لهما أخذا ما معه أرباعاً، وإن أجاز لزيد، أخذ ما معه، وقيل: ثلاثةَ أرباعه، وإن أجاز لعمرو، أخذ نصف تتمَّة الثلث، وقيل: نصفَ تتَمَّة الربع، وقيل: الثلثَ أو الربع.

فصل

وإن وصَّى لزيد بعبد قيمتُه مئةٌ، ولعمرو بثُلُث ماله، وماله غير العبد مئتان، فلزيد ثلاثةُ أرباع العبد، ولعمرو رُبُعُه وثلث المئتين، ومع الردِّ لزيد نصفُه، ولعمرو سُدُسُه وسُدُسُ المئتين، وطريقه: أن تُعطي كلَّ واحدٍ مما وصَّى له بقَدْر نسبة الثُّلُث إلى مجموعهما، وقيل: يُقسم الثُّلُثُ بينهما على حَسب[1] مالهما في الإجازة، اختاره الشيخ: لزيد ربعُ العبد وخمسُهُ، ولعمرو عشرُه ونصفُ عُشرِه وخمسُ المئتين.

وطريقه: أن تنسبَ الثلثَ إلى الحاصل لهما مع الإجازة، فتعطي كلَّ واحد بقَدْر النسبة. ولو وصى بثلثه لزيد وبمئة لعمرو وبتمام ثلث آخرَ عليها لبكر، وثُلُثُه مئةٌ، بطلت وصيةُ بكر، والثلثُ بينهما، وإن جاوزَ المئة فأجيز،

التصحيح ....

الحاشية ....

(١) ليست في (ر).

الفروع نفذ، وإن ردَّ، فلكلٍّ نصفُ[1] وصيتِه، في اختيار الشيخ.

٢/ ٨٤ وقيل: إن جاوز مئتين، فلزيد نصفُ وصيته، ولعمرو مئةٌ/ ولبكر نصفُ الزائد، وإن جاوزَ مئةً، فلزيد نصفُ وصيته، وبقيةُ الثلث لعمرو مع معادَّته ببكر، وقيل: تبطلُ وصيَّةُ بكر هنا(م١).

ولو وصَّى له بعبد ولآخرَ بتمام الثُّلث فهلك العبدُ قبل الموصي، ألقيت قيمتَه من ثلث التركة بعد تقويمها بدونه، ثم البقيةُ للتمام، ولو وصَّى لوارث، وغيره بثلثيه، اشتركا مع الإجازة، ومع الردِّ على الوارث الآخر[2] الثلثُ،

التصحيح **مسألة ـ ١**: قوله: (ولو وصَّى بثلثه لزيد، وبمئة لعمرو، وبتمام ثلثِ آخرَ عليها[3] لبَكْرٍ وثُلُثُه مئة؛ بطلت وصيةُ بكرٍ، والثلث بينهما، وإن جاوز المئة فأجيز، نفذ، وإن ردَّ فلكلٍّ نصفُ وصيته، في اختيار الشيخ، وقيل: إن جاوز مئتين، فلزيد نصفُ وصيته، ولعمرو مئةٌ، ولبكر نصفُ الزائد، وإن جاوز مئةً، فلزيدٍ نصفُ وصيته، وبقيةُ الثلثِ لعمرو مع معادته ببكر، وقيل: تبطل وصية بكر هنا) انتهى.

ما اختاره الشيخ هو الصحيحُ، قطع به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «المحرر»[4] و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم.

والقول الثاني: اختاره القاضي، قال الحارثي: والأصحُّ ما قال القاضي، (٥وصححه «المحرر» فيما إذا جاوز الثلثُ مئتين٥).

والقول الثالث: اختاره المجد في «محرره»، (٥فوافق المجد القاضي فيما إذا جاوز الثلثُ مئتين، وخالفه فيما إذا جاوز المئة، فأبطلها٥).

الحاشية ....

---

(١) في الأصل: «نصفه».

(٢) في (ط): «للآخر».

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

(٤) ليست في (ط).

(٥ ـ ٥) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

وقيل: نصفه كوصيته لهما بثلثه، والردُّ على الوارث، وإن رَدُّوا ما جاوزَ الثلث[١]، لا وصيته عيناً، فالثلثُ بينهما، وقيل: للآخر، وقيل: له السدسُ، وإن أجيز للوارث، فله الثلثُ، وكذا الأجنبيُّ، وقيل: السدسُ.

فصل

وإن وصَّى لزيد بثلث ماله، ولعمرو بمثل نصيب أحد ابنيه، فقيل: لكلٍّ منهما الثلثُ مع الإجازة، كانفرادهما، والسدس مع الردِّ، وتصحُّ من ستة، وقيل: لعمرو كابن بعد إخراج الثلث[م٢].

وهو ثلث الباقي تُسعان، وفي الردِّ لهما الثلثُ على الخمسة، وإن كانت وصيةُ زيد بثلث باقي المال فعلى الأول، لعمرو الثلث، ولزيد ثلثُ الباقي مع

التصحيح

مسألة ـ ٢: قوله: (وإن وصَّى لزيد بثلث ماله ولعمرو بمثل نصيب أحد ابنيه، فقيل: لكلٍّ منهما الثلثُ مع الإجازة، كانفرادهما، والسدس مع الردِّ، وتصحُّ من ستةٍ، وقيل: لعمرو كابن بعد إخراج الثلث) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[٢]، و«الكافي»[٣]، و«المقنع»[٤]، و«المحرر»، و«الشرح»[٤]، وغيرهم.

أحدهما: لصاحب النصيب ثلثُ المال عند الإجازة، وعند الرد يُقسم الثلثُ بين الوصيين نصفين، وهو الصحيح. قال في «الهداية»: هذا قياس المذهب عندي، وقطع به في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الرعايتين»، و«الحاوي الصغير».

والقول الثاني: لصاحب النصيب مثلُ ما يحصل لابن، وهو ثلث الباقي، وذلك التُّسعان عند الإجازة، وعند الردِّ يُقسم الثلثُ بينهما على خمسة، وهو احتمال في

الحاشية

....

---

(١) بعدها في (ط): «و».

(٢) ٨/ ٤٣٣.

(٣) ٤/ ٣٩.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٤٤٠.

الفروع الإجازة، ومع الرد الثلث على خمسة، وعلى الثاني فيه دَوْرٌ، لتوَقُّف معرفة كل من ثلثِ الباقي ونصيب ابن على الآخر، فاجعل المالَ ثلاثةَ أسهم ونصيباً، فالنصيبُ لعمرو، ولزيد ثلثُ الباقي سهمٌ، ولكل ابن سهمٌ، فهو النصيبُ.

وبالباب: تضرب مخرجَ كلِّ وصيةٍ في الأخرى تكن تسعةً، ألق منها دائماً واحداً من مخرج الوصية بالجبر[1]، فالنصيب سهمان، وتصحُّ من ثمانيةٍ، وإن شئتَ قلت: للابنين سهمان، ثم تقول: هذا مالٌ ذهبَ ثلثُه فزد عليه مثل نصفه فيصير ثلاثةً، ثم زد مثلَ نصيب ابنٍ لوصية النصيبِ فيصير أربعةً، وبالجبر خذ مالاً وألق منه نصيباً وثلث باقيه يبقى ثلثَا مالٍ إلاّ ثلثي نصيب يعدل نصيبين، اجبر وقابل وابسط من جنس الكسر، ثم اقلب فاجعل المالَ ثمانيةً والنصيبَ اثنين.

وإن وصَّى له بمثل نصيبِ أحدِ بنيه الثلاثة إلاّ ربع المال، فمخرج الكسر أربعةٌ، زده ربعه يصير خمسةً، فهو النصيبُ، وزد على عدد البنين واحداً، واضربه في مخرج الكسر يصير ستةَ عشرَ، فللموصى لهم سهمٌ، وإن شئت قلت: فضل كل ابن بربع، فلكل ابنٍ ربعٌ يبقى ربعٌ اقسمه بينه وبينهم، فله نصف ثمن سهمٍ من ستةَ عشرَ.

التصحيح «الهداية»، وقدمه في «المستوعب». قال الحارثي: وهذا أصحُّ بلا مريةٍ، وهو كما قال، والتفريع الذي ذكره المصنف بعد ذلك على هذين القولين، وهي مسألة واحدة، ففي هذا الباب ثلاثُ مسائلَ.

الحاشية ....

---

(١) في الأصل: «بالجزء».

الفروع

ولو قال: إلاّ ربع الباقي بعد النصيب، فالباقي بعده مالٌ إلاّ نصيباً، زده ربعه، اجبر وقابل فيصير مالاً وربعاً، وأربعة أنصباء وربعاً، ابسط من جنس الكسر يصير خمسةَ أموالٍ وسبعة عشر [(١]نصيباً، فاجعل المال سبعةَ عشرَ[١)]، والنصيبَ خمسة، فالوصية اثنان، ولو قال إلاّ ربع الباقي بعد الوصية، فالباقي بعدها أنصباءُ بنيه ثلاثة، فألق ربعها من نصيب الوصي يبقى ربعه هو الوصيةُ، زده على أنصباء الورثة[(٢)] وابسطها أرباعاً، فله سهمٌ من ثلاثةَ عشرَ.

التصحيح ....

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في (ر).

(٢) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

باب الموصى إليه

تصحُّ الوصيةُ إلى رَشيد عَدْل ولو رقيقاً بإذن سيده، وعنه: تصحُّ إلى مميز، وعنه: مراهق، ومثله سفيهٌ، وإلى فاسق*، ويضمُّ إليه أمينٌ إن أمكن الحفظُ به، وذكرها جماعة في فسق طارئ فقط، وقيل: عكسه(☆).

التصحيح

(☆) تنبيه: قوله: (وإلى فاسقٍ، ويُضَمُّ إليه أمينٌ [1]إن أمكن الحفظُ به، وذكرها[2] جماعةٌ في فسقٍ طارئٍ فقط، وقيل عكسه) انتهى.

ظاهر هذه العبارة: أنَّ الفاسقَ تصحُّ الوصية إليه، ويُضَمُّ إليه أمينٌ[1] والخلافُ إنما هو في الطريان وعدمه. واعلم: أنَّ الصحيحَ من المذهب أنها لا تصحُّ إلى فاسق، وعليه أكثرُ الأصحاب، منهم القاضي وعامَّة أصحابه، كالشريف، وأبي الخطاب في «خلافيهما»، والشيرازي، وابنِ عقيل في «التذكرة»، وابنِ البناء، وغيرهم، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، وجزم به في «الوجيز»، وغيره، وقدمه في «الهداية»، و«الخلاصة»و «الكافي»[3] و«المحرر»و «الرعايتين»و «النظم»و «الحاوي الصغير»، وغيرهم ونصره الشيخ الموفق، والشارح وغيرهما، وعنه: تصح إلى فاسقٍ ويُضم إليه أمينٌ، قاله الخرقي وابن أبي موسى، وقدمه في «الفائق»، وهو الذي قاله المصنف. قال القاضي: هذه الرواية محمولةٌ على من طرأ فسْقُه بعد الوصية، وأطلقهما في «المذهب»، و«مسبوك الذهب». والذي يظهر لي: أن في كلام المصنف نقصاً، وهو: «وعنه: وإلى فاسق»، فلفظة: «وعنه» سقطت من الكاتب، ويدل على ذلك قوله: (وذكرها جماعة في

الحاشية

* قوله: (وإلى فاسق)

هو عطف على (مميز)، التقدير: وعنه: تصح إلى مميز وإلى فاسقٍ، ومما يدل على أنه عائد إلى الرواية قوله: (وذكرها جماعة في فسق طارئ فقط) أي: ذكروا الرواية، قال في «المقنع»[4]: ولا تصح إلى غيرهم. وعنه: تصح إلى فاسق، ويَضمُّ الحاكم إليه أميناً.

(١ـ١) ليست في (ص).

(٢) في (ح): «ذكر».

(٣) ٤/ ٦١.

(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٤٦٨.

الفروع

وتصحُّ إلى عاجزٍ، خلافاً لـ «لترغيب»، ويُضَمُّ إليه أمينٌ، واختار ابنُ عقيل إبدالَه، وفي «الكافي»[1]: للحاكم إبدالُه، ولا نظرَ لحاكم مع وصيٍّ خاص كاف. قال شيخنا فيمن وصى إليه بإخراج حجة: ولايةُ الدفع والتعيينُ للناظرِ الخاصِّ (ع) وإنما للوليِّ العامِّ الاعتراضُ؛ لعدم أهليته، أو فعله محرماً. فظاهره: لانظر، ولا ضمَّ مع وصيٍّ متهم، وهو ظاهر كلام جماعة، وتقدم كلامه في ناظر الوقف. ونقل ابن منصور إذا كان الوصي متهماً: لم يَخرج من يده، ويُجْعَل معه آخر. ونقل يوسف بن موسى: إن كان متَّهَماً، ضُمَّ إليه رجلٌ يرضاه أهلُ الوقف؛ يعلم ما جرى، ولا تنزع الوصيةُ منه. وترجمه الخلالُ: هل للورثة ضَمُّ أمينٍ معه الوصي[2] المتَّهم؟ ثم إن ضمه بأجرة من الوصية توجَّه جوازُه، ومن الوصيِّ فيه نظرٌ، بخلاف ضَمِّه مع الفِسْقِ. وفي «عيون المسائل»: في ابتداء الحَجْرِ على رَشيدٍ بَذَّرَ مالَه أنه مالٌ يُخشى ضياعُه في غيرِ وَجْهٍ، فجاز للحاكم حِفظُه، كما لو وجد مال غيره في مَضْيَعَةٍ، أو[3] رأى الحاكمُ الوصيَّ يُبذِّرُ مالَ اليتيم.

ويُعتبر إسلامُه، فإن كان الموصى كافراً، فوجهان(م١).

التصحيح

فسق طارئ) فالضمير في قوله: «وذكرها»، عائد إلى الرواية، وهو واضحٌ، فعلى هذا يكون المذهبُ كما قلنا، وهو عدمُ الصحَّةِ، فلله الحمد، ثم وجدت شيخنا قال: إنه عطف على مميز، والتقدير: وعنه: يصح إلى مميزٍ وإلى فاسقٍ، وهو حسنٌ، لكن خلَّل بين ذلك المراهق والسفيه.

مسألة ـ ١: قوله: (فإن كان الموصي كافراً، فوجهان) انتهى.

يعني: هل تصحُّ وصيةُ الكافر [٤]إلى كافر[٤] أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في

الحاشية

....

---

(١) ٤/٦٣.

(٢) في الأصل: «الموصي».

(٣) في النسخ الخطية «و».

(٤ ـ ٤) ليست في (ص).

الفروع

وتعتبر الشروطُ عند الموت والوصية، وقيل: وبينهما، وقيل: تكفي عند الموت، وقيل: وعند الوصية*، ويضم أمين. ومن وصَّى إلى واحدٍ ثم إلى آخر ولم يعزل الأول، اشتركا، نص على ذلك، ولا ينفرد أحدُهما بتصرُّف

التصحيح

«الفصول»، و«المغني»[(١)]، و«الكافي»[(٢)]، و«البلغة»، و«المحرر»، و«الشرح»[(٣)]، و«النظم»، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، والزركشي، وغيرهم:

أحدهما: يصحُّ إذا كان عَدْلاً، وهو الصحيحُ، قطع به في «المقنع»[(٣)]، و«الوجيز»، و«تذكرة ابن عبدوس» و«منتخب الأدمي»، وغيرهم[(٤)]، وقدمه ابن مُنَجَّا في «شرحه»، وابن رزين، وقال الحارثي: وهو أظهرُ، واختاره القاضي، قال المجد: وجدته بخطه. انتهى.

والوجه الثاني: لا يصحُّ، قال في «المستوعب»: ولا تصح الوصيةُ إلى كافر، وقال في «المذهب»: ولا تصح إلا[(٥)] إلى مسلم، وكذا هو ظاهر كلامه في «الهداية»، وغيره.

تنبيه: ظاهرُ كلام المصنف، والمجد، وجماعة: أن الخلافَ جارٍ فيه، ولو كان غيرَ عَدْلٍ، والظاهر: أنهم أرادوا العَدْلَ، كما صرَّحَ به جماعةٌ، والذي يظهر: أن حكمه حكمُ المسلمِ، فحيث اشترطنا العدالةَ في المسلم، ففي الكافر بطريقٍ أولى، وإن لم نشترطها في المسلم، فيحتمل الاشتراطُ في الكافر، وهو أولى، ويحتمل عدمه، وأمّا أن نشترط العدالةَ في المسلم ولم نشترطها في الكافر، فبعيدٌ جدّاً، بل لا يصحُّ.

الحاشية

* **قوله: (وقيل: تكفي عند الموت، وقيل: وعند الوصية).**

التقدير: وقيل: وتكفي عند الوصية، فعلى هذا لو وجدت عند الوصية فقط، كفى، ولو وجدت عند الموت فقط، كفى، وعلى الذي قبله لو وجدت عند الوصية ولم توجد عند الموت، لا تكفي.

---

(١) ٨/ ٥٥٣.

(٢) ٤/ ٦١.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٤٩٣.

(٤) في (ط): «وغيره».

(٥) ليست في (ط).

الفروع

لم يجعله له، نص عليه، قيل له: فإن أخذَ بعضَ المال دونه، وقال: لا أدفعه إليك؟ فقال: إنما عليه الجهد، فليجتهد فيما ظهر له، وما غاب عنه، فليس عليه، قيل: فيرفع أمرهما إلى الحاكم ويبرأ منها؟ قال: نعم، ومن وجد منه ما يوجب عزله. قال الشيخ: أو غاب لزم ضَمُّ أمينٍ، فإن وجد منهما، ففي الاكتفاء بواحد وجهان[م٢].

وإن حدث عجزٌ لضعف أو علَّة أو كثرة عمل، ونحوه، فقيل: يَضُمُّ

التصحيح

مسألة ـ ٢: قوله: (ومن وجد منه ما يوجب عزله قال الشيخ: أو غاب لزم[١] ضَمُّ أمين، فإن وجد منهما، ففي الاكتفاء بواحد وجهان) انتهى.

يعني: لو وجد منهما ما يوجب عزلَهما، وأطلقهما في «الكافي»[٢]، و«المغني»[٣]، و«الشرح»[٤]، و«الحاوي الصغير»، و«الزركشي»، وغيرهم. قال في «الفائق»: ولو ماتا[٥]، جاز إقامةُ واحدٍ، في أصحِّ الروايتين. قال في «الرعاية الكبرى»/ ١٦٩ : وإن وجد منهما ما يوجب عزلَهما، جاز أن يقيم الحاكمُ بدلَهما واحداً، في الأصحِّ. وقال في «الصغرى»: وإن ماتا، جاز أن يقيم الحاكم بدلهما[٦] واحداً، في الأصحِّ. قال ابن رزين: فإن تغير حالُهما، فله نَصْبُ واحدٍ، وقيل: لا ينصب إلاّ اثنين. انتهى.

إذا علم ذلك: فالصحيحُ جوازُ الاكتفاء بواحد. قال ابن نصر الله في «حواشيه»: أظهر الوجهين يكفي واحدٌ. انتهى.

والقول الآخر: لا بد من اثنين. قلت: وهو قويٌّ، هذا إذا لم تكن قرينةٌ تدل على الاكتفاء بواحد ولزوم اثنين فيما يظهر، والله أعلم.

الحاشية ....

(١) ليست في (ص)، وفي (ح): «لزمه»، والمثبت من (ط).
(٢) ٤/ ٦٣.
(٣) ٨/ ٥٥٩.
(٤) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٤٧٥.
(٥) في (ط): «مات».
(٦) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من (ط).

الفروع

أميناً، وقيل: له ذلك(م٣)، وإن كان لكل منهما التصرف، ولا عجز، لم يجز. قال في «الأحكام السلطانية» في العامل: فإن كان فيه ناظرٌ قبله، فإن كان مما[1] يصح فيه الاشتراك، فإن لم يجر[2] به عُرْفٌ، كان عزلاً للأول، وإلاّ فلا، ولو وصَّى إليه إلى أن يبلغ أو يحضر فلانٌ أو إن مات ففلانٌ، صحَّ، ويصير الثاني وصيّاً عند الشرط، ذكره الأصحاب، أو هو وصي سنة ثم عمرو؛ للخبر: «أميركم زيد»[3]. والوصية كالتأمير.

ويتوجه: لا؛ لأن الوصيةَ استنابةٌ بعد الموت، فهي كالوكالة في الحياة، ولهذا هل للوصي أن يوصي ويعزل من وصَّى إليه؟ ولا يصحُّ إلاّ[4] في معلوم، وللموصي عزلُه وغيرُ ذلك كالوكيل، فلهذا لا يعارض ذلك ما ذكره القاضي وجماعة: إذا قال الخليفةُ: الإمامُ بعدي فلانٌ، فإن مات فلانٌ في حياتي أو تغير حالُه، فالخليفةُ فلانٌ، صحَّ، وكذا في الثالث والرابع.

التصحيح

مسألة ـ ٣: قوله: (وإن حدث عجزٌ لضعف أو علة أو كثرة عمل ونحوه، فقيل: يَضُمُّ أميناً، وقيل: له ذلك) انتهى.

القول الأول: وهو وجوبُ ضَمِّ أمينٍ، هو الصحيحُ، جزم به في «المغني»[5]، و«الشرح»[6]. قال ابن رزين في «شرحه»: متى عجز العدل عن النظر لعلةٍ ونحوها، ضُمَّ إليه أمينٌ، ولم ينعزل، إجماعاً، انتهى.

القول الثاني: له ضَمُّ أمين، من غير إيجاب.

الحاشية

....

(١) بعدها في (ر): «لا».

(٢) في: (ط): «يجز».

(٣) أخرج البخاري (٤٢٦١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: أَمَّرَ رسول الله ﷺ في غزوة مؤته زيد بن حارثة، فقال رسول الله ﷺ: «إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة . . . .» الحديث .

(٤) ليست في الأصل.

(٥) ٨/٥٥٦.

(٦) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/٤٧٩.

الفروع

وإن قال: فلانٌ وليُّ عهدي، فإن ولي ثم مات، ففلانٌ بعده، لم يصحَّ للثاني، وعللوه بأنه إذا ولي وصار إماماً، حصل التصرفُ والنظرُ والاختيارُ إليه، فكان العهدُ إليه فيمن يراه، وفي التي قبلها، جعل العهد إلى غيره عند موته وتغير صفاته في الحالة التي لم تثبت للمعهود إليه إمامةٌ.

وظاهر هذا: أنه لو علق وليُّ الأمر ولايةَ حُكم أو وظيفة بشرط شغورها أو بشرط، فوجد الشرطُ بعد موت وليِّ الأمر والقيام مقامه أن ولايته تبطل، وأن النظرَ والاختيارَ لمن/ قام مَقامه، يؤيده أن الأصحاب اعتبروا ولايةَ الحكم بالوكالة في مسائل، وأنه لو علق عتقاً أو غيره بشرط، بطل بموته. قالوا: لزوال ملكه، فتبطل تصرفاتُه. قال في «المغني»[1] وغيره: ولأن إطلاق الشرط يقتضي الحياةَ، ولهذا لو علق عتقاً منجزاً بشرط فوُجد بعد موت المعلِّق، لم يعتق، وإذا بطل العتق وغيره مع أن فيه حقّاً للّه ـ ولهذا لو اتفقا على إبطالِ الشرطِ، بطل[2] ـ فها هنا أولى، وقد يقال: ظاهر هذا أنه لو قال لعبده عمرو: إن قمتَ، فأنتَ وعبدي زيد حرَّان، فباعه، ثم قام أو قال: إن قمتِ، فأنت طالقٌ وعبدي زيد حرٌّ، فأبانها ثم قامت: أنه لا يعتق زيد، وقال صاحب «الرعاية»: يحتمل عتقه وعدمه.

٢/ ٨٥

وللوصي قَبُولُها حياةَ الموصي وبعد موته ويعتبر قبولها، وله عزلُ نفسه فيهما. وفي «المحرر»: إذا وجد حاكماً، ونقله الأثرمُ وحنبل، وعنه: لا بعد موته، ولا قبله إذا لم يعلمه، قيل لأحمد: إن قبلها ثم غير فيها الموصي؟

التصحيح ....

الحاشية ....

---

(١) ١٤/ ٤١٤.

(٢) ليست في النسخ الخطية.

الفروع قال: لا يلزمه قَبُولُها إذا غيَّرَ فيها، وما أنفقه وصيٌّ متبرعٌ بمعروف في ثبوتها من يتيم، ذكره شيخنا.

ولا تصحُّ وصيةٌ إلاّ في معلوم يملكه الموصي، كوكالة، كقضاء دينه، وتفرقة ثلثه، والنظر لصغاره، وحد قذفه يستوفيه لنفسه لا للموصى له، لا باستيفاء دينه مع رُشْدِ وارثه، وفي «الانتصار» منع وتسليم في وكالة عامة، كبيع ماله وصرفه في كذا، وتصرفه في مال أطفاله بكل قليل وكثير، وأن الوصية تصحُّ، كالأب للمصلحة، كمضاربة، يؤيد ما ذكره في رواية الميموني فيمن أوصى إليه في شيء لا يتجاوزه.

فإن أوصى إليه في تركته وأن يقومَ مَقامه، فهذا وصيٌّ في جميع أموره، يبيع ويشتري إذا كان نظراً لهم، وإن وصاه بتفرقة ثلثه أو قضاء دينه فأبى الورثة أو جحدوا وتعذر ثبوته، ففي جواز قضائه باطناً وتكميل ثلثه من بقية ماله روايتان(م٤، ٥).

التصحيح **مسألة ـ ٤ ـ ٥**: قوله: (وإن وصاه بتفرقة ثلثه أو قضاء دينه فأبى الورثة أو جحدوا وتعذر ثبوته، ففي جواز قضائه باطناً، وتكميل ثلثه من بقية ماله روايتان) انتهى. وأطلقهما في «الفائق»، فيه مسألتان:

المسألة الأولى ـ ٤: إذا وصى بقضاء دينه وأبى الورثة أوجحدوا وتعذر ثبوته، فهل يسوغ قضاؤه باطناً أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: يسوغ، وهو الصحيح، وبه قطع في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الخلاصة»، و«المغني»[(١)]، و«المقنع»[(٢)]، و«الشرح»[(٢)]، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«الفائق»، وغيرهم. قال ابن مُنجَّا في «شرحه»: هذا المذهب،

الحاشية ....

---

(١) ٨/ ٥٦٢.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٤٩٠.

الفروع

وقيل له في رواية أبي داود مع عدم البينة في الدين: أيحل له إن لم ينفذه؟ قال: لا، فإن فرَّقه ثم ظهر دَيْن مستغرِقٌ أو جهل موصًى له فتصدق هو أو حاكم به ثم ثبت، لم يضمن، على الأصحِّ، وفي حبس البقية ليعطوه ما عندهم أو يعطيهم ويطالبهم بالثلث روايتان(م٦)، ومع بينة في لزوم قضائه بلا

التصحيح

وعنه: لا يقضيه بغير علمهم إلاّ ببينة، وعنه: يقضيه إن أذن فيه حاكمٌ. قال في «الهداية»، و«المستوعب»: اختاره أبوبكر.

المسألة الثانية ـ ٥: إذا أوصى بتفرقة ثلثه وأبى الورثةُ إخراجَ ثلثِ ما بأيديهم أو جحدوا وتعذر ثبوته، فهل يكمل الثلث مما في يده أو يخرج ثلث ما في يده فقط؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «المغني»[1]، و«المحرر»، و«الشرح»[2]، و«النظم»، وغيرهم:

إحداهما: يخرجه كله مما في يده، وهو الصحيح، وبه قطع في «الوجيز» وغيره، وقدمه في «الهداية»، و«المستوعب»، و«الخلاصة»، و«المقنع»[2]، و«الرعايتين»، و«الحاوي الصغير»، و«شرح ابن رزين»، و«الفائق»، وغيرهم.

والرواية الثانية: يخرج ثلث ما في يده. قال الشيخ، وتبعه الشارح: ويمكن حملُ الروايتين على اختلاف حالين، فالأولى محمولةٌ على ما إذا كان المالُ جنساً واحداً، والثانية محمولةٌ على ما إذا كان المالُ أجناساً، فإن الوصية تتعلق بثلث كلِّ جنس، وذكره في «الرعاية» قولاً.

مسألة ـ ٦: قوله: (وفي حبس البقية ليعطوه ما عندهم أو يعطيهم ويطالبهم بالثلث الروايتان) انتهى:

إحداهما: يَحبس البقيةَ عنده ليعطوه ما عندهم، وهو الصحيحُ، وعليه الأكثر. قال[3] في «الفصول»: ونصر شيخنا المنصور عندنا[4]، وهو أن يحبس الباقي بعد إخراج

الحاشية

....

(١) ٨/ ٥٦٢.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٤٨٨.

(٣) ليست في (ط).

(٤) ليست في (ص).

الفروع حاكم، وقال الشيخ: في جوازه روايتان، ما لم يوافقه وارثُه المكلَّف(م٧)، وفي براءة المدين باطناً بقضائه ديناً يعلمه على الميت الروايتان(م٨).

التصحيح ثلث ما في يده، فإن أخرجوه، وإلاّ ردَّه إليهم. انتهى.

والرواية الثانية: يُعطيهم ويُطالبهم [١] بالثلث، اختاره أبوبكر في «التنبيه» فقال فيه: لا يحبس الباقي بل يسلمه إليهم ويطالبهم [١] بثلث ما في أيديهم، انتهى.

تنبيه: قطع المصنف هذه المسألة عن المسألة الأولى، وأطلق الخلاف، ولم أره لغيره، بل الذي حكاه الأصحابُ ثلاثُ روايات: تكميل الثلثُ مما في يده، وإخراج ثلث ما في يده، ويحبس الباقي ليخرجوا ثلثَ ما بأيديهم، وما اختاره أبوبكر، وما قاله صحيح لا يخرج عما قالوه.

مسألة ـ ٧: قوله: (ومع وجود البينةِ في لزوم قضائه بلا حاكم. . . روايتان)، وعند الشيخ هما في الجواز دون اللزوم إذا (لم يوافقه الوارث المكلَّف) انتهى. وأطلقهما في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]، و«الرعاية»، و«النظم»، و«الفائق»، وغيرهم:

إحداهما: لا يشترط الحاكم، بل تكفي الشهادة عند الموصى إليه، وهو الصحيح. قال ابن أبي المجد: لزمه قضاؤه بدون حضور حاكم، على الأصحِّ، وقدمه ابن رزين في «شرحه».

والرواية الثانية: لا بد من شهادة البينة عندالحاكم، وهو الأحوطُ.

مسألة ـ ٨: قوله: (وفي براءة المدين باطناً بقضائه ديناً يعلمه على الميت الروايتان) انتهى.

يعني: إذا كان للميت دين على شخص وعليه دين لآخر، فهل يجوز لمن عليه الدين أن يدفع إلى من له الدين على الميت إذا كان يعلم ويبرأ باطناً أم لا؟ ذكر الروايتين

الحاشية ....

(١ ـ ١) ليست في (ط).

(٢) ٨/٥٦٣.

(٣) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١٧/ ٤٩٢.

الفروع

قيل له: وصيٌّ جعله الورثةُ ببيتٍ وأغلقوا عليه ولم يخرجوه حتى أشهد لهم وخرج منها، قال: لا يجوز له، يجد[١] جهده ولا يدفعها إليهم، قيل له في رواية أبي داود: توفي وترك ورثةً وغرماءَ، قال: لا يدفع المال إليهم حتى يحضر الغرماءُ.

وللمدين دفعُ الدَّيْن الموصى به لمعين إليه وإلى وصيِّ الميتِ، وإن لم يوص به، ولا يقبضه عيناً، وإلى الوارث والوصي، وقيل: أو الوصي، وإن صرف أجنبي الموصى به لمعين، وقيل: أو لغيره في جهته، لم يضمنه، وإن وصَّاه بإعطاء مدع ديناً بيمينه، نقده من رأس ماله، قاله شيخنا، ونقل ابن هانئ، ببينة، ونقله عبدالله، ونقل: يقبل مع صدق المدعي، ونقل صالح: أنه أوصى أن لفوران[٢] عليَّ نحو خمسين ديناراً وهو يصدق فيما قال، يُقضى من غلة الدار، ثم يُعطى ولدُ صالحٍ كلٌّ ذكرٍ وأنثى، عشرة دراهم [٣]عشرة دراهم[٣] [٤]. ونقل ابن هانئ[٥] فيمن وصَّاه بدفع مهر امرأته: لم

التصحيح

بالتعريف، وهما المذكورتان فيما إذا جحد الورثة ديناً يعلمه الموصى إليه، قاله في «المحرر»، وغيره، وأطلقهما، وقد علمت الصحيح منهما.

والصواب: البراءة منه باطناً، وقدمه في «الرعاية»، وغيره.

والرواية الثانية: لا يبرأ بالدفع إلى من له الدين على الميت، قدمه ابن رزين في «شرحه»، وهو قوي، والأولى أن ينظر إن كان ثَمَّ من يدفع إلى من له الدين من الموصى

الحاشية

....

(١) في الأصل: «بجهده».

(٢) في (ط): «لفوزان»، وفُوران هو: أبو محمد عبد الله بن محمد بن المهاجر، كان من أصحاب أحمد الذين يقدمهم، ويأنس بهم، ويستقرض منهم، مات أبو عبد الله وله عنده خمسون ديناراً، فأوصى أن يُعطى من غلته فلم يأخذها فوران بعد موته وأحلَّه منها. «المنهج الأحمد» ١/ ٢٢٣.

(٣ ـ ٣) ليست في (ر).

(٤) هذا بعض ما أوصى به الإمام أحمد، ينظر: «محنة الإمام أحمد» للمقدسي صفحة ١٩٦ بتحقيقنا.

(٥) في (ر): «صالح».

الفروع يدفعه مع غيبة الورثة. وإذا قال: ضع ثلثي حيث شئت أو أعطه، أو تصدق به على من شئت، لم يبح له، في المنصوص، وقيل: مع عدم قرينة، وكذا ولده ووارثه غنيّاً أو فقيراً، نص عليه، وأباحه صاحب «المغني»و «المحرر»، وذكر جماعة منع ابنه، وذكر آخرون: وأبيه، ولم يزيدوا، وذكر ابن رزين في منع من يمونه وجهاً، ولو قال: تصدق من مالي، احتمل ما تناوله الاسمُ، واحتمل ما قلَّ وكثرَ؛ لأنه لو أراد معيناً عينه، ذكرها في «التمهيد» في الزيادة على أقلِّ الواجب(م٩).

ومن أوصى إليه بحفر بئر بطريق مكة أو في السبيل، فقال: لا أقدر، فقال الموصي: افعل ما ترى، لم يجز حفرُها بدار قومٍ لا بئرَ لهم؛ لما فيه من تخصيصهم، نقله ابن هانئ، ولو أمره ببناءِ مسجدٍ، فلم يجد عرصة، لم يجز شراءُ عرصة يزيدُها في مسجد صغيرٍ، نص عليه، ولو قال: تدفع هذا إلى يتامى فلان، فإقرارٌ بقرينة وإلاّ وصيةٌ*، ذكره شيخنا، وللوصي بيعُ عقار لورثة كبار أبَوْا بيعَه الواجب، أو غابوا أو لهم ولصغار وللصغار حاجة، وفي بيع بعضه ضرر، نص عليه، وقيل: يبيع بقدْر دَيْن ووصية[1] وحصَّةِ صغارٍ،

التصحيح إليه أو الورثة، لم يكن له الدفع، وإلاّ جاز، وبرئ باطناً.

مسألة ـ ٩: قوله: (ولو قال: تصدق من مالي، احتمل ما تناوله الاسم، واحتمل ما قل وكثر؛ لأنه لو أراد معيناً عينه، ذكرها في «التمهيد» في الزيادة على أقل الواجب) انتهى.

قلت: الصوابُ الرجوعُ في ذلك إلى القرائنِ والعُرْفِ عند انتفاءِ ذلك.

القول الثاني أقوى، والأحوطُ القولُ الأولُ.

الحاشية * **قوله: (فإقرار بقرينة وإلا وصية).**

أي: إن لم تكن قرينة، فهو وصية.

---

(١) في (ط): «وصيته».

الفروع

قيل لأحمد: بَيْعُ الوصيِّ الدور على الصغار يجوز؟ قال: إذا كانت نظراً لهم لا على كبار يؤنس منهم رشدٌ، هو كالأب في كل شيء إلاّ في النكاح، قيل له: وإن لم يكن أثبت وصيته عند القاضي؟ قال: إذا كانت له بينةٌ.

ومن مات ببرية ولا حاكمٌ ولا وصيٌّ، فلمسلمٍ حَوْزُ تركته، وبيعُ ما يراه، وقيل: إلاّ الإماءَ، ويكفنُه منها، ثم من عنده، ويرجع عليها أو على من تلزمه نفقته إن نواه ولا حاكمٌ، فإن تعذر إذنه أو أباه، رجع، وقيل: فيه وجهان، كإمكانه ولم يستأذنه، أو لم ينو مع إذنه(م١٠، ١١)، والله أعلم.

التصحيح

مسألة ـ ١٠ ـ ١١: قوله: (ومن مات ببرية ولا حاكمٌ ولا وصيٌّ، فلمسلم حَوْز تركتِه وبيع ما يراه . . . ويكفنُه منها ثم من عنده، ويرجع عليها أو على من تلزمه نفَقتُه إن نواه ولا حاكمٌ، فإن تعذر إذنُه أو أباه، رجعَ، وقيل: فيه وجهان، كإمكانه ولم يستأذنه، أو لم ينو مع إذن) انتهى. أطلق الخلاف في المقيس عليه، وشمل مسألتين:

المسألة الأولى ـ ١٠: إذا أمكنه استئذان حاكم ولم يستأذنه، فهل يرجعُ بما تكلف عليه من كفنٍ وغيره، إذا نوى الرجوع أم لا؟ أطلق الخلاف فيه:

أحدهما: يرجعُ إذا نوى الرجوعَ. قلت: وهو الصواب، وقواعد المذهب تقتضيه، بل هو أولى ممن أدى حقّاً واجباً عن غيره.

والوجه الثاني: لا يرجع إذا لم يستأذن الحاكم مع إمكانه.

المسألة الثانية ـ ١١: إذا استأذن الحاكمَ في صرف ذلك فصرفَه ولم ينو الرجوعَ، فهل له الرجوعُ بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يرجع، ويكفي إذنُ الحاكمِ، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يرجع، وهو قويٌّ، وهي شبيهةٌ بما إذا أدى حقّاً واجباً عن غيره ولم ينو الرجوعَ ولا التبرعَ، وإنما ذهل عن ذلك، وفيها خلاف، والصحيحُ من المذهب عدمُ الرجوع، لكن إذنُ الحاكم هنا يقوي الرجوعَ.

فهذه إحدى عشرة مسألة في هذا الباب.

الحاشية

....

فهرس الجزء السابع